

ALBERTO AURICCHIO

Prof. inc. di diritto civile nella Università di Urbino

LA C. D. RAPPRESENTANZA
DI PERSONA GIURIDICA FUTURA

1. Il tema che si intende esaminare in questa sede ha trovato una eco frequente nell'ultima giurisprudenza, ove sono riproposti i problemi lasciati insoluti dal nostro legislatore nell'articolo 2331 co. 2° c.c. ⁽¹⁾. In questa norma è tracciata la disciplina dell'attività compiuta in nome di una società per azioni non registrata, e poichè la società acquista personalità giuridica solo con la registrazione, potrebbe anche dirsi che ivi è tracciata la disciplina della rappresentanza di persona giuridica futura. Ma evidentemente con quest'ultima espressione si intende un fenomeno più generale, che va al di là delle società di capitali, e dello stesso fenomeno associativo. Vi è dunque da valutare in via preliminare in che limiti sia possibile affermare la generalità del problema, con un suo fondamento unitario, e quali siano i suoi limiti. Successivamente, si deve indagare quale fondamento possa avere l'eventuale estensione della disciplina contenuta nell'articolo 2331 c.c. all'intero fenomeno della rappresentanza di persona giuridica futura. Ed infine, una volta ricollegata quella di-

(1) A. Bari, 1° dicembre 1953, in *Corti Bari, Lecce e Potenza* 1955, 198: « La società quale ente distinto dai soci non esiste giuridicamente se non dopo la sua regolare costituzione. Conseguentemente non risponde delle obbligazioni assunte anteriormente alla sua costituzione dalle persone che poscia diedero vita alla società »; App. Milano, 11 febbraio 1955, in *Foro it.* 1956, I, 1220: « È inefficace l'acquisto immobiliare di una società per azioni non ancora iscritta, nei confronti di un terzo di buona fede, che abbia trascritto domanda diretta all'accertamento ed all'esecuzione della compravendita dello stesso bene, in tempo anteriore all'iscrizione della società »; Cass. 28 luglio 1956 n. 2940, in *Foro it.* 1956, I, 1804: « Qualora l'amministratore di una società per azioni non ancora iscritta stipuli un contratto di acquisto in nome della società, questa non ne diviene titolare nemmeno al momento dell'iscrizione; ciò a maggior ragione se difetti una deliberazione assembleare di ratifica dell'operato dell'amministratore »; Trib. Firenze, 4 settembre 1956, in *Giur. it.* 1957, I, 2, 606: « Gli atti compiuti dall'amministratore di una società di capitali, nel periodo fra la costituzione della società e la sua iscrizione nel registro delle Imprese, sono riferibili alla società: per le obbligazioni che da tali atti derivano rispondono sia la società che l'amministratore che ha agito ».

sciplina ai principi generali del nostro ordinamento, occorre integrarla, superando così i dubbi e le perplessità manifestate dalla giurisprudenza.

In conclusione, questo lavoro si svolge in tre fasi distinte: individuazione del problema, sua impostazione sul piano del diritto positivo, e sua soluzione.

I

2. In linea astratta il problema legislativo risolto nell'art. 2331 co. 2° può essere riproposto in numerosi altri casi. Certamente vi sono altre ipotesi in cui si agisce in nome di persona giuridica futura: si tratta però di vedere se esista una disciplina particolare e diversa, oppure se sia dato riscontrare alcune lacune legislative. Solo in questa secondo ipotesi, potrebbe sostenersi un'estensione analogica della norma dettata per le società per azioni.

Si può cominciare con l'osservare che l'ipotesi esaminata ricorre identica per tutte le società di capitali. Ma qui vi è l'esplicito richiamo contenuto negli artt. 2475 e 2464 c.c., che assicura l'identità di soluzioni. In questo caso si ha un'applicazione diretta, e non analogica, dell'art. 2331 co. 2°, ed il rilievo riveste un certo interesse non solo perchè la norma aumentando il suo ambito di applicazione perde un po' del suo carattere singolare, ma soprattutto perchè in base ad esso si possono dissolvere alcuni dubbi prospettati dalla dottrina in tema di società. Si è detto, infatti, che per le società in accomandita per azioni la responsabilità di chi ha agito è regolata in parte dall'art. 2331 co. 2° ed in parte dall'art. 2317 ⁽²⁾: in sostanza, si applicherebbe non solo la disciplina delle società per azioni, ma anche quella dell'accomandita semplice. Contro questa soluzione può osservarsi che, mentre la prima disciplina va applicata in virtù di un esplicito rinvio legislativo, la seconda dovrebbe trovare il fondamento della sua applicazione nell'analogia; ma questo mezzo di inter-

(2) MESSINEO, *Sulla pubblicità e l'irregolarità delle società commerciali*, in *Studi di diritto delle società*, Milano 1954, 67, 69.

pretazione presuppone l'esistenza di una lacuna che invece è esclusa proprio dal rinvio legislativo.

Di vera e propria lacuna si deve parlare a proposito delle fondazioni. È convinzione diffusa che questi enti possano vivere solo come persone giuridiche, in virtù di un riconoscimento attribuito dall'autorità amministrativa⁽³⁾; tuttavia è la stessa legge ad ammettere che il fondatore faccia iniziare l'attività dell'opera da lui disposta ancor prima del riconoscimento (art. 15 c.c.). Ma questa previsione legislativa riguarda solo un effetto indiretto di questa attività, l'irrevocabilità dell'atto di fondazione; resta invece impregiudicato il problema dell'efficacia giuridica degli atti posti in essere in nome della fondazione non ancora riconosciuta. Le ipotesi possibili sono molteplici; si può pensare che questi atti siano nulli, oppure privi di efficacia fin quando non venga ad esistenza la persona giuridica; e ove si ritenga più probabile un'efficacia immediata, resterebbe da vedere se la responsabilità grava su chi ha agito oppure sul fondatore, e soprattutto in che misura la fondazione debba subire successivamente gli effetti dell'attività svolta in suo nome. In fondo queste sono proprio le ipotesi che si potrebbero prospettare per le società di capitali se mancasse l'art. 2331 co 2° e le altre norme che lo richiamano. E quindi non deve sembrare arbitrario domandarsi se questa soluzione legislativa possa valere anche per le fondazioni.

Un discorso sostanzialmente identico vale in generale per tutti gli enti che il nostro ordinamento prevede solo come persone giuridiche; a titolo di esempio, si pensi ai consorzi per regolare il deflusso delle acque (art. 914 c.c.). Anche qui sussiste la possibilità di fatto che l'attività dell'ente sia iniziata ancor prima del riconoscimento, e quindi anche qui si ripropongono gli stessi dubbi e la possibilità delle stesse soluzioni.

3. Lo stesso problema può essere sollevato a proposito dell'attività svolta in nome di un'associazione in attesa di riconoscimento, poichè anche in questa ipotesi si può parlare di rap-

(3) FERRARA F. s., *Le persone giuridiche* (1956), 246.

presentanza di persona giuridica futura. È pur vero che, secondo una convinzione molto diffusa, questa attività sarebbe regolata dalle norme che disciplinano le associazioni non riconosciute (art. 38 c.c.). Ma in proposito è possibile avanzare fondati dubbi.

Si può cominciare con l'osservare che l'equiparazione tra associazioni non riconosciute ed associazioni in attesa di riconoscimento è ottenuta in base a un criterio meramente negativo, la mancanza di riconoscimento. E da un punto di vista metodologico il criterio proposto non è sufficiente a stabilire *a priori* una positiva identità di struttura e di funzione.

Il vero è che tra le situazioni di fatto vi è una differenza sostanziale, l'esistenza o la mancanza di un interesse degli associati ad ottenere il riconoscimento. Di solito questo aspetto resta un po' in ombra, forse perchè l'interesse dei privati è assorbito dall'interesse dello Stato ad attribuire o non il riconoscimento con un suo atto discrezionale. Ma resta il fatto che il decreto attributivo della personalità giuridica non può essere emanato di ufficio per le associazioni (ex art. 2 disp. att. c.c.). D'altro canto, già in questo senso, la dottrina è giunta ad individuare delle ipotesi in cui non solo manca un interesse ad ottenere il riconoscimento, ma esiste addirittura un interesse positivo dell'associazione a non acquistare la personalità giuridica ⁽⁴⁾.

Si tratta poi di vedere se questa differenza di fatto abbia una sua rilevanza sul piano del diritto. E ciò sembra probabile: infatti, se l'associazione riconosciuta fosse null'altro che un'associazione non riconosciuta a cui si aggiunga dall'esterno un altro elemento, il riconoscimento, ne dovrebbe conseguire necessariamente che la disciplina giuridica è identica fin quando non intervenga il decreto di riconoscimento. Ma si può agevolmente constatare che tra le due specie di associazioni sussiste fin dall'inizio una profonda diversità di disciplina; infatti solo per la persona giuridica futura è prescritto l'atto pubblico, che deve essere provvisto di determinati requisiti ⁽⁵⁾. E ciò si può spie-

(4) RESCIGNO, *Sindacati e partiti nel diritto privato*, in *Jus* 1956, 5 ss.

(5) In proposito va ricordato che la disciplina delle associazioni riconosciute non può essere applicata estensivamente o analogamente alle associazioni non riconosciute: RUBINO, *Le associazioni non riconosciute* (1952), 31 ss.

gare solamente attribuendo rilevanza giuridica all'elemento materiale già prima ricordato.

Una conferma *a posteriori* di questa conclusione può aversi considerando la possibilità di superare la diversità di disciplina attraverso l'applicazione analogica delle norme sulla trasformazione delle società ⁽⁶⁾: così, ad esempio, se l'associazione decide di chiedere il riconoscimento, la deliberazione dovrà risultare da atto pubblico e contenere le indicazioni prescritte nell'art. 16 c.c. (*ex art.* 2498 c.c.). Ed il concetto stesso di trasformazione suggerisce l'idea che esista una differenza strutturale tra i due tipi di associazioni ⁽⁷⁾.

Il problema sollevato è certamente molto vasto, e merita uno studio più approfondito. Ma i rilievi svolti in questa sede possono considerarsi sufficienti per un orientamento di massima: infatti, ammettendo una diversità sostanziale tra associazione non riconosciuta ed associazione in attesa di riconoscimento, si esclude che l'art. 38 c.c. possa applicarsi automaticamente a chi abbia agito in nome di una persona giuridica futura. Nello stesso tempo nasce la possibilità che si possa applicare per analogia l'art. 2331 c.c.: e non può sfuggire l'importanza del dilemma, dato che secondo quest'ultima norma è esclusa una responsabilità sociale, che invece è ammessa dall'art. 38 c.c. ⁽⁸⁾.

Naturalmente a questo punto il problema non è ancora risolto: per scegliere tra le due diverse norme, l'art. 38 e l'articolo 2331 c., resta pur sempre da vedere se l'attività svolta in nome di un'associazione in attesa di riconoscimento sia più si-

(6) Secondo il BERTO, *Studi preliminari sulla trasformazione delle società* (1945), 45, queste norme possono essere applicate nell'ambito di un diverso fenomeno ove risulti identica, o affine, la ragione di distinguere su cui l'ordinamento giuridico si è fondato nell'uno o nell'altro processo di tipizzazione. Questo criterio, giustamente identificato dal RESCIGNO, *Trasformazione di società e responsabilità dei soci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1950, 934 s. nella presenza o nella assenza della personalità giuridica, sussiste anche in tema di associazioni.

(7) Su ciò non incide il problema della natura (novativa o non) della trasformazione: sulla questione, cfr. da ultimo GASPERONI, *La trasformazione delle società*, (1952), 243 ss.

(8) O almeno è esclusa dalla maggioranza della dottrina, che nega la ammissibilità delle società per azioni irregolari; su questo punto si avrà occasione di tornare più avanti.

mile a quella svolta per una società ancora priva di iscrizione, oppure a quella dell'amministratore di ente di fatto. Solo su questa base è possibile proporre un'interpretazione analogica.

4. A volere esprimere con parole diverse il problema già enunciato si tratta ora di procedere all'individuazione della fattispecie che corrisponde alla formula «rappresentanza di persona giuridica futura».

In ordine alle associazioni le ipotesi possibili sono due, ben diverse e distinte tra loro:

a) si agisce genericamente in nome dell'associazione senza far parola della futura ed eventuale personalità giuridica. In questo caso, con ogni probabilità, si applicherà in via analogica l'art. 38 c.c.: nei confronti del terzo infatti l'associazione si atteggia come una vera e propria associazione non riconosciuta. Un indice della importanza che questo atteggiamento ha nei confronti della disciplina da applicare può essere trovato nell'art. 33 co. 4°, che stabilisce la responsabilità personale e solidale degli amministratori di una associazione riconosciuta e non registrata.

b) ma per lo stesso motivo bisogna distinguere dall'ipotesi or ora prospettata quella particolare e diversa in cui si sia fatta esplicita menzione dell'atteso decreto di riconoscimento. Qui la situazione è nei confronti del terzo, ed in fondo anche degli stessi associati, molto simile a quella creata da chi agisce in nome di una società di capitali non ancora iscritta.

Queste precisazioni permettono di separare comportamenti e situazioni che altrimenti verrebbero a sovrapporsi confusi ed indistinti. Si pensi al caso del comitato che attenda il riconoscimento, e che abbia subordinato l'esercizio della sua attività proprio alla emanazione del corrispondente decreto: che cosa accade se un amministratore abbia contratto obbligazioni in nome del comitato ancora prima di tale riconoscimento? Qui vi è una norma esplicita, l'art. 41 c.c., ove si legge che «qualora il comitato non abbia ottenuto la personalità giuridica, i suoi componenti rispondono personalmente e solidalmente delle obbligazioni assunte». Tuttavia neppure in questo caso sarebbe assurdo proporre una limitazione dell'applicazione della norma. Se colui

che ha agito ha precisato al terzo lo stato di pendenza in cui l'ente si trovava, ed ha chiarito che egli agisce di propria iniziativa, sarebbe ingiusto poi accollare ai componenti del comitato una responsabilità illimitata, da essi esplicitamente esclusa; e d'altro canto non sussiste neppure una legittima aspettativa del terzo nei confronti di questi soggetti. Anche qui, dunque, occorrerebbe distinguere tra attività svolta in nome del comitato, ed attività svolta in nome di persona giuridica futura.

Probabilmente una tale dilatazione del problema non è opportuna di fronte ad una norma chiara come l'art. 41 c.c. ⁽⁹⁾. Ma ciò che in questa sede si intende sottolineare è che in ogni caso si può presentare il fenomeno della rappresentanza di persona giuridica futura, e che è possibile coglierne il senso unitario. La spiegazione è nello stesso concetto di personalità giuridica, che nel nostro sistema legale costituisce un criterio legale per la imputazione degli effetti di un atto e, soprattutto, per la attribuzione della corrispondente responsabilità. Chi agisce in nome di una persona giuridica futura ed il terzo che con lui contratta accettano questo criterio di responsabilità, ed in conformità ad esso regolano i propri interessi. Questo è il senso del fenomeno studiato in questa sede, ed esso va tenuto costantemente presente nel fissarne i limiti e nel valutarne la disciplina.

5. A questo punto occorre valutare un problema ulteriore, che pur attiene alla determinazione della fattispecie « rappresentanza di persona giuridica futura ».

La questione può essere prospettata in questi termini: siamo ancora nell'ambito della fattispecie esaminata allorchè il terzo ignora che la personalità giuridica non è stata ancora attribuita all'ente? Tenendo presente ciò che fin qui si è detto, la risposta positiva appare la più sicura: invero anche in questa ipotesi sia il terzo che colui che ha agito in nome altrui hanno espresso una chiara volontà di fare ricadere gli effetti del con-

(9) Si deve osservare, però, che nell'ambito di questa norma non può ignorarsi ogni limitazione: è responsabile, ad esempio, anche il membro del comitato d'onore?

tratto sull'ente. E ciò basta per dire che anche qui il fenomeno si prospetta in modo identico all'ipotesi precedente. Infatti, tornando all'esempio già fatto del comitato, potrebbero ripetersi le stesse considerazioni: è ingiusto che i componenti del comitato assumano una responsabilità da essi esplicitamente esclusa, e d'altro canto manca nel terzo ogni affidamento sul patrimonio di costoro, dato che egli credeva di contrarre con una persona giuridica.

L'ignoranza del terzo può essere determinata dall'inganno del c.d. rappresentante. Qui vi è la violazione dell'obbligo della buona fede nelle trattative; ma ciò determina un ulteriore effetto, il risarcimento dell'eventuale danno, e non incide sulla disciplina dell'atto stesso. In altre parole, l'inganno non fa parte della fattispecie « rappresentanza di persona giuridica futura », ma al più costituisce una fattispecie autonoma di un effetto distinto, l'obbligo al risarcimento dei danni.

Nella ipotesi più grave il terzo non avrebbe neppure contrattato senza l'inganno della controparte. Qui si è in presenza di un vero e proprio dolo determinante, anch'esso fattispecie autonoma dotata di un effetto giuridico distinto, il diritto ad ottenere l'annullamento dell'atto. L'osservazione permette di annunciare fin d'ora un risultato che troverà successiva conferma: il rappresentante di persona giuridica futura, in questo caso, non può essere equiparato al rappresentante senza potere, poichè l'uno inganna la controparte sulla esistenza della persona rappresentata e l'altro invece sulla propria qualità di rappresentante. E la differenza è determinante sul piano delle conseguenze giuridiche, poichè nel primo caso l'atto stipulato in nome altrui sarà ad efficacia eliminabile, e nell'altro invece sarà inefficace.

Se invece l'ignoranza del terzo non è stata determinata dalla controparte ma nasce spontanea, allora il problema diventa diverso. Si tratta di vedere se l'ignoranza della esistenza dell'ente possa configurare un tipico *error in persona*: solo in caso affermativo si avrà l'effetto distinto, il diritto ad ottenere l'annullamento dell'atto. Per ora non è possibile rispondere a questo quesito, dato che si ignora in testa a chi produce effetti

l'atto concluso dal rappresentante di persona giuridica futura. E d'altro canto la questione non incide sul problema che qui si vuole esaminare, la determinazione della fattispecie in questione. A questo proposito può dirsi che essa ricorre ogni volta che i due contraenti, nominando la persona giuridica futura, hanno intesa farla destinataria degli effetti voluti: è irrilevante, o per meglio dire è rilevante ad altri effetti, l'esistenza di un vizio in questa volontà.

6. Quel che fin qui si è detto circa il fondamento del fenomeno permette di fissarne un primo limite. Invero, la determinazione del soggetto per cui si agisce e soprattutto l'indicazione del patrimonio assunto dalle parti come oggetto delle eventuali responsabilità presuppongono necessariamente che il contratto associativo sia stato già concluso, che l'ente sia già nato di fatto. Da ciò deriva che quando si parla di rappresentanza di persona giuridica futura si intende per tale non già quella del tutto inesistente, ma solo quella in via di formazione.

Il limite appare logico nell'ambito dell'art. 2331 co. 2° che è pur sempre la norma da cui questa indagine prende le mosse. Basterebbe ricordare che questa disposizione si pone in continuità storica con l'art. 82 c. co., ove era stabilita una responsabilità dei soci: ciò evidentemente presupponeva l'esistenza di un rapporto sociale. Inoltre la collocazione sistematica della norma ed il suo stesso tenore letterale fanno pensare che manchi la sola iscrizione per la nascita della persona giuridica. L'unico dubbio possibile in ordine alle società per azioni è questo: oltre alla stipulazione dell'atto costitutivo è anche necessaria la realizzazione delle condizioni per la costituzione delle società previste nell'art. 2329 c.c.? Anche a prima vista appar chiaro che queste condizioni hanno una rilevanza meramente interna per la formazione della fattispecie, e quindi non sono idonee ad influenzare la situazione giuridica del terzo che abbia contrattato con la società. È pur vero che l'art. 2330 c.c. prevede il deposito nel registro delle imprese dei documenti e delle relazioni comprovanti le condizioni previste nell'art. 2329 c.c.: ma il mero deposito non può far pensare ad una loro rilevanza esterna, poichè

non può essere equiparato alla iscrizione, che resta l'unica forma di pubblicità prevista dalla legge in materia.

Per quanto riguarda le associazioni, anche qui occorre la stipulazione dell'atto costitutivo per potersi parlare di persona giuridica futura. Inoltre, accettando la precedente distinzione tra associazione non riconosciuta ed associazione in attesa di riconoscimento, si deve precisare che non basta la semplice costituzione di una associazione non riconosciuta, ma bisogna che l'interesse al riconoscimento abbia già trovato espressione nelle forme volute dalla legge. Occorre cioè che l'atto costitutivo preveda il conferimento della personalità giuridica da parte della autorità amministrativa, o almeno che vi sia stata la deliberazione di trasformazione ai sensi dell'art. 2498 c.c. Sul piano pratico questa conclusione si giustifica considerando che sarebbe iniquo escludere una responsabilità del fondo comune accanto a quella personale dei rappresentanti ai sensi dell'art. 38 c.c. quando gli stessi soci non hanno espresso nelle forme richieste dalla legge la volontà di sottrarsi.

Per gli altri enti, soprattutto per quelli che possono vivere solo nella veste di persona giuridica, non nascono particolari difficoltà: in ogni caso deve richiedersi che sia emesso dai privati il negozio che costituisce il presupposto per la nascita del nuovo soggetto, ad esempio l'atto di fondazione.

L'esigenza comune a tutti i casi è che la persona giuridica sia già in via di formazione. Non sarebbe possibile pensare che il fenomeno sia identico anche quando solo successivamente nasca per semplice coincidenza un ente con la stessa denominazione indicata in un contratto: qui evidentemente non può prospettarsi nè un problema di pendenza degli effetti nè quello di una loro imputazione alla persona giuridica.

In altre parole, l'ipotesi studiata in questa sede non è quella in cui l'ente non esiste, ma l'altra ben diversa in cui l'ente è sprovvisto di personalità giuridica. E fin d'ora si può dire che questa limitazione del problema si rivelerà di grande importanza più avanti, quando sarà in esame la possibilità di inquadrare l'art. 2331 co. 2° nell'ambito della gestione di affari.

7. Un secondo limite riguarda il concetto generale di persona futura. Accade spesso di trovare audaci accostamenti tra la persona giuridica in via di formazione ed il nascituro concepito, e tra persona giuridica da costituire ed il non concepito ⁽¹⁰⁾. Anche a prima vista appare chiaro l'equivoco: in tal modo si rischia di attribuire valore dommatico ad una semplice immagine. È pur vero che in fondo il concetto di soggetto può essere pensato in modo unitario in ordine alle persone fisiche ed alle persone giuridiche, ma tra i due fenomeni resta pur sempre una grande differenza. L'equiparazione avviene da un punto di vista meramente negativo: anche a voler ammettere in teoria una assoluta identità tra persone fisiche e persone giuridiche, non è detto affatto che l'identità sussiste anche quando il soggetto non vi sia, tra il non ancora nato e l'ente non riconosciuto.

È poi decisiva la considerazione che la c.d. rappresentanza del nascituro si risolve nel concetto di amministrazione di un patrimonio che già esiste, ed ha una sua autonomia: « il padre rappresenta i figli... nascituri e ne amministra i beni » (art. 320 co. 1°); « se è chiamato a succedere un concepito, l'amministrazione spetta al padre ed in mancanza di questo alla madre » (articolo 634 co. 2°); « il tribunale... può nominare un curatore per la protezione del nascituro e occorrendo per l'amministrazione dei beni di lui » (art. 339) « l'amministrazione dei beni donati (al nascituro) spetta al donante o ai suoi eredi » (art. 784). Tutto ciò, evidentemente, non ha nulla a che fare con l'attività svolta da chi spende il nome di una società non registrata, ove manca

(10) Questo accostamento è molto comune in dottrina: SALVI, *Sui limiti di applicazione dell'art. 600 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1948, 248 ss. vede una analogia tra l'ente di fatto ed il nascituro non concepito; BARILLARO, *Lasciti per enti da fondare e art. 600 c.c.*, in *Studi in onore di V. del Giudice* (1953), 22 ss., corregge questa opinione, e stabilisce un rapporto con il nascituro non concepito. Non mancano precedenti illustri: SCIALOJA A., *Natura giuridica della costituzione delle società per azioni*, in *Saggi di vario diritto*, (1928), vol. II, p. 33. E l'analogia si estende anche sul piano del diritto pubblico CODACCI-PISANELLI, *Ripercussioni del conferimento di personalità giuridica pubblica sul rapporto di impiego con un ente di fatto*, in *Riv. pubbl. impiego* 1939, I, 2. Fortunatamente vi è chi è intervenuto autorevolmente in senso contrario alla generale tendenza: MIELE, *Le regioni come assenti o come nascituri*, in *Foro it.* 1950, I, 1960.

6. *Studi Urbinati*, 1959-1960.

un patrimonio, o, per meglio dire, esiste già vincolato alla sua destinazione finale ⁽¹¹⁾. Il segno visibile di questa profonda differenza è nel fatto stesso che, mentre il legislatore disciplina accuratamente la legittimazione all'amministrazione del patrimonio del nascituro, non si cura neanche di esaminare lo stesso problema in ordine alla persona giuridica futura, ma disciplina genericamente l'attività di chiunque abbia agito in suo nome, a prescindere da ogni problema di legittimazione (art. 2331 co. 2°). E, mentre non vi è dubbio che l'atto dell'amministratore del patrimonio di un nascituro produce immediatamente i suoi effetti su di esso, il problema è tutto diverso in tema di persone giuridiche, ove ci si domanda proprio se esso vincoli l'ente quando verrà ad esistenza e quale sia il meccanismo attraverso cui si può raggiungere questo risultato.

Come si vede il problema si pone sul piano legislativo in modo troppo diverso per indulgere alla equiparazione dei due fenomeni. E dicendo ciò non si vuol negare che a volte possa essere utilizzata per le persone giuridiche future una norma dettata dal legislatore per il concepito: ma si deve dimostrare di volta in volta l'esistenza di una situazione analoga, e l'opportunità di estendere quella disciplina. Qui si intende dire solo che non può ammettersi *a priori* una identità di situazioni, poichè questa ammissione vizierebbe il successivo discorso di concettualismo. In ogni caso, poi, la separazione di problemi si rivela opportuna sul piano della concretezza dell'indagine.

8. Nonostante le limitazioni di cui fin qui si è parlato, è stato possibile individuare una serie di ipotesi che presentano alcuni aspetti comuni. In tal modo si è messo in luce l'aspetto

(11) Sulla indisponibilità dei conferimenti, cfr. GRAZIANI, *Diritto della società*, (1960), 218. Ritiene invece che il creditore particolare del singolo socio possa aggredire il conferimento prima dell'iscrizione MESSINEO, *Sulla pubblicità e l'irregolarità delle società commerciali*, cit., p. 68, nt. 5. In ogni caso la prevalente dottrina nega l'esistenza di un patrimonio sociale: BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, (1948), II, 244; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, (1950), 206. A questo punto, però, la questione si riconnette all'esistenza delle società irregolari: ma su ciò più avanti.

unitario del fenomeno studiato, ed in base a questo risultato si prospetta la possibilità di una disciplina comune.

Ma tra le ipotesi ricordate una sola è esplicitamente disciplinata dalla legge: la società per azioni non registrata. Resta da vedere se la norma corrispondente, l'art. 2331 co. 2°, possa essere estesa agli altri casi. Evidentemente l'estensione di questa disciplina può avvenire solo per analogia. E quindi occorre vedere se la disciplina stessa corrisponda ad un istituto generale, oppure se abbia carattere eccezionale; in questa seconda ipotesi, naturalmente, dovrà cercarsi una soluzione diversa.

In altre parole, occorre valutare la posizione che la norma in questione assume nell'ambito del sistema; ed è appunto questo il tema della seconda parte di questo lavoro.

II

9. A norma dell'art. 2331 co. 2° sussiste una responsabilità illimitata e solidale a carico di coloro che hanno agito a nome della società non ancora iscritta. Secondo la più diffusa convinzione della dottrina questa responsabilità non è limitata al semplice interesse contrattuale negativo, ma è più ampia, e si estende alle utilità che il terzo poteva trarre da una perfetta esecuzione del contratto ⁽¹²⁾. Nel prosieguo dell'indagine si dovrà accertare quale sia il fondamento di questa responsabilità personale del c.d. rappresentante di persona futura, ma per ora basterà assumere questo dato come punto di partenza.

Anche a prima vista appare non molto facile giustificare l'esistenza della norma nell'ambito del sistema. Soprattutto colpisce la profonda diversità che sussiste tra la disciplina tracciata nell'art. 2331 co. 2° e quella generale in materia di rappresentanza prevista negli artt. 1387 ss. Ma si deve subito affermare che non basta fermarsi a questa constatazione per ritenere eccezionale l'una o l'altra disciplina. Pur senza mettere in dubbio la diversità rilevata, resta da vedere che ragione possa avere il confronto tra le due discipline, poichè solamente da questo con-

(12) GRAZIANI, *Diritto delle società*, o. c., 213.

fronto deriva la possibilità di considerare l'una eccezionale e l'altra generale. In realtà, per aver motivo di porre questo rapporto, bisognerebbe prima dimostrare che nelle due norme vengono collegate conseguenze giuridiche diverse a presupposti simili, oppure che conseguenze giuridiche simili sono collegate a presupposti diversi.

Per affermare la analogia delle due situazioni non basta rilevare che in ciascuna di esse ricorre la spendita del nome altrui⁽¹³⁾. Sarebbe più interessante vedere che valore abbia nelle diverse ipotesi il requisito della *contemplatio domini*.

Ai fini particolari del problema qui proposto è sufficiente dire che il presupposto di fatto della disciplina contenuta negli artt. 1389 ss c.c. consiste nel conferimento di poteri da parte del rappresentato. In altre parole, nel capo VI titolo II libro IV del codice civile, non è tracciata la disciplina generale della rappresentanza, come pur potrebbe sembrare leggendo l'art. 1387 c.c., ma solo è regolata quella specie particolare nota alla dottrina come rappresentanza volontaria. Basta un esame sommario delle singole norme per dimostrare che esse non si applicano, puntualmente ed integralmente, alla rappresentanza legale: a) articolo 1389 (capacità del rappresentante e del rappresentato): non può ritenersi sufficiente la semplice capacità naturale del rappresentante, dato che la rappresentanza legale è concessa di solito a tutela di un soggetto privo di « capacità legale »; b) articoli 1390 e 1391 (vizi della volontà e stati soggettivi rilevanti): per lo stesso motivo, nelle ipotesi di rappresentanza legale, occorre fare riferimento esclusivo alla persona del rappresentante⁽¹⁴⁾; c) artt. 1392 e 1393 (forma della procura e giustificazione dei poteri del rappresentante): evidentemente queste norme

(13) Sui molteplici significati che la *contemplatio domini* può avere, cfr. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, (1955), 245. In particolare, cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, (1959), 270, ove sono indicati i due principali significati dell'attività in nome altrui, proprio quelli che verranno in rilievo nella successiva indagine.

(14) Per un ampio esame dell'argomento, cfr. MESSINEO, *Applicabilità degli aa. 1930-1931 c.c. al rappresentante legale dell'incapace*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1957, 606 ss.

riguardano solo il rappresentante il cui potere abbia la fonte in una procura; d) artt. 1394 e 1395 (conflitto di interessi e contratto con se stesso): il conflitto di interessi è risolto in materia di rappresentanza legale con la nomina di un curatore speciale (art. 320 co. 5°) o di un protutore (a. 360 c.c.); e) artt. 1396 e 1397 (modificazione di estinzione della procura, e restituzione del documento della rappresentanza): anche queste norme non si possono applicare alla rappresentanza legale, ove manca una procura, e i poteri del rappresentante sono rigidamente determinati dalla legge; f) artt. 1398 e 1399 (rappresentanza senza potere, e ratifica); il rappresentante legale che ecceda i poteri conferitigli dalla legge pone in essere un negozio annullabile ai sensi dell'art. 322 c.c., e non semplicemente inefficace ⁽¹⁵⁾.

Si tratta ora di vedere se anche nell'art. 2331 co. 2° l'agire in nome altrui si giustifica sulla base di un conferimento di poteri. In proposito si è detto che l'attività in questione è quella svolta dagli amministratori, in base ad un regolare contratto di nomina, efficace ancor prima della registrazione della società ⁽¹⁶⁾. Solo se questa affermazione dovesse risultare esatta, potrebbe affermarsi la natura eccezionale della norma qui esaminata.

In primo luogo deve osservarsi che vi sono molti dubbi circa l'efficacia del contratto di nomina in un momento precedente all'iscrizione. L'argomento addotto — una persona giuridica non può nascere senza organi — non è di per sè convincente: la questione è diversa, poichè si tratta di vedere se la nomina diventi efficace proprio al momento in cui nasce, oppure lo sia anche

(15) In conclusione, manca una nozione unitaria di rappresentanza, che costituisca il paradigma generale dell'istituto. Su questo punto la dottrina è discorde, ma solo nel senso che alcuni vedono solo forme diverse di attività svolte in sostituzione di altri, mentre vi è chi ammette la possibilità di desumere queste diverse attività in un concetto unitario, pur senza negare le sostanziali differenze: i due atteggiamenti, nella dottrina contemporanea più notevole, sono chiaramente espressi dal SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, o. c., p. 262 ss. e dal MES-SINEO, *Applicabilità ecc.*, o. c., 608. Espressa in questi termini, tuttavia, la questione sollevata diventa di ordine sistematico, e non può essere affrontata in questa sede.

(16) BARBIERI, *Gli atti dell'amministrazione di una società per azioni non registrata*, in *Giur. it.* 1957, I, 2, 609: secondo questo A., l'anomalia della fattispecie non starebbe nella carenza di poteri da parte del rappresentato (a. 611).

prima ⁽¹⁷⁾. Daltro canto, se è vero che una persona giuridica non può nascere senza organi, è anche vero il reciproco, che un organo non può nascere prima della persona. Quindi appare nettamente preferibile l'opinione di chi ritiene il contratto di amministrazione sottoposto ad un *condicio juris* e quindi temporaneamente inefficace ⁽¹⁸⁾.

Ma anche a voler prescindere da questo aspetto della questione, resta un'altra considerazione, veramente decisiva. Nell'art. 2331 co. 2° è regolata non solo l'attività dell'amministratore, ma chiunque agisca in nome della società anche se non ha avuto alcuna nomina. In questo senso depone la lettera della legge, ove si parla di « coloro che hanno agito », senza alcuna limitazione. Ma soprattutto appaiono validi i precedenti legislativi della norma: l'art. 98 c. comm. e l'art. 118 prog. pr. Vivante esplicitamente facevano riferimento « ai promotori, amministratori e tutti coloro che operano in nome della società », facendo chiaramente intendere la portata della disposizione ⁽¹⁹⁾. Vi è poi da considerare la *ratio* della norma: nell'ipotesi considerata la qualità di amministratore dovrebbe risultare dall'atto costitutivo (ex art. 2383 c.c.) e quindi nel momento precedente alla iscrizione il terzo ignora se quel soggetto sia o non amministratore. È questo un rilievo di importanza considerevole, come si vedrà successivamente; per ora, comunque, esso vale a giustificare che la responsabilità di chi agisce in nome della società precinda dalla circostanza che egli sia o non amministratore, regolarmente nominato ⁽²⁰⁾.

(17) L'incapacità dell'organo di funzionare prima della iscrizione presenta il suo aspetto più interessante in ordine al problema della validità delle deliberazioni di aumento del capitale: per la tesi negativa, GRECO, *Aumento di capitali della società non registrata*, in *Giur. it.* 1957, I, 2, 609 ss.; ed in giurisprudenza Cass. 24 settembre 1956, in *Foro it.* 1956, I, 1800.

(18) MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (1956), 74, che pur nega carattere di rappresentanza organica agli amministratori.

(19) La formula più breve « coloro che hanno agito » appare per la prima volta nell'a. 92 *Progetto Codice di commercio D'Amelio*. Si osserva inoltre che sull'ampiezza della formula non appare alcuna riserva nei lavori preparatori dei diversi progetti, e neppure nella *Relazione del Guardasigilli*, n. 947.

(20) Al più questa circostanza potrebbe incidere sulle vicende dell'atto

In conclusione, è fuori questione una improbabile efficacia preliminare del contratto di amministrazione. E quindi può dirsi che l'art. 2331 prescinde dal conferimento di poteri di rappresentanza, ponendosi così in una sfera tutta diversa da quella regolata dall'art. 1387 ss.

10. La conclusione a cui si è giunti nel paragrafo precedente suggerisce l'ipotesi che il c.d. rappresentante di persona giuridica futura sia un *falsus procurator*. Infatti, può dirsi, se è fuori questione un conferimento di poteri di rappresentanza, la spendita del nome altrui sarà fatta da un rappresentante senza potere. Seguendo questa impostazione del problema, dovrebbe egualmente giungersi ad affermare la natura eccezionale dell'art. 2331 co. 2°, ove sarebbe stabilita una deroga all'obbligo del risarcimento degli interessi negativi, previsto in via generale nell'art. 1398 c.c.

Ma una più attenta riflessione permette di escludere la validità di questa ipotesi. È difficile assimilare sul piano del fondamento giuridico la norma in esame all'art. 11 l.c., ove è considerato il comportamento di « chi appone la firma sulla cambiale quale rappresentante di una persona per la quale non ha il potere di agire ». Come già si è detto nella prima parte di questo lavoro, esula dal comportamento del c.d. rappresentante di persona futura una *culpa di contrahendo* ⁽²¹⁾. A ciò si aggiunga che il terzo contraente poteva ben accertare l'inesistenza della persona giuridica attraverso il registro delle imprese. Naturalmente è difficile dire fin dove arrivi l'onere di diligenza a carico del terzo contraente, ma in fondo il regime di pubblicità è predispo-

posto in essere in un momento successivo all'iscrizione della società: in questo senso, cfr. FERRARA F. j., *Gli imprenditori e le società* (1952), 252.

(21) Si rinvia a questo proposito a quanto si è detto nel § 5. Si deve solo considerare un'altra ipotesi: chi si dichiara amministratore di una società futura, pur non avendo alcuna investitura è *falsus procurator*? La risposta negativa appare la più probabile, dato che la nomina non avrebbe avuto alcun effetto, secondo ciò che si è detto. L'analogia quindi sussiste solo da un punto di vista psicologico.

sto proprio per offrire ai terzi la possibilità di una conoscenza legale della situazione in cui debbono operare.

Tra il c.d. rappresentante di persona futura ed il *falsus procurator* vi è una differenza incolmabile. Infatti, secondo le più recenti acquisizioni della dottrina, è rappresentante senza potere ai sensi dell'art. 1398 c.c. non tanto chi non è stato investito del potere di agire in nome del *dominus*, ma piuttosto chi dichiara di aver avuto tale investitura ⁽²²⁾. Occorre cioè la « falsa » indicazione della fonte di legittimazione ⁽²³⁾. Tutto ciò esula dalla fattispecie considerata: il soggetto che si sostituisce alla persona futura non nasconde alla controparte la reale situazione di fatto e di diritto in cui opera. E se ricorre all'inganno, esso riguarderà la esistenza del soggetto rappresentato e non il conferimento dei poteri: in proposito si è già vista la diversa rilevanza dei due comportamenti.

Queste considerazioni inducono a ritenere che la *contemplatio domini* abbia un valore ben diverso nell'ipotesi esaminata e nel caso della rappresentanza. Questo differente significato è stato già segnalato in dottrina; in tal senso si è detto che la spendita del nome altrui costituisce nell'ambito dell'art. 2331 co. 2° un caso di *falsa demonstratio* ⁽²⁴⁾. Ma fino a questo punto non si può giungere come si vedrà meglio più avanti. A mio avviso, può solamente dirsi che nel nostro caso il nome altrui indica il punto di riferimento degli effetti posti in essere e non la volontà di compiere l'atto come *alter ego* del *dominus*, come appunto avviene in materia di rappresentanza.

Quindi, pur ammettendo che la disciplina tracciata nell'art. 2331 co. 2° è diversa da quella prevista nell'art. 1398, deve riconoscersi che non ne ricorrono neppure i presupposti. E per-

(22) Cfr. da ultimo SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo* (1959), 136 nt. 5.

(23) Per aversi rappresentanza, occorre sempre l'indicazione della fonte di legittimazione: NICOLÒ, *Della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, (1957), 35; SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, o. c., 59.

(24) ROMANO-PAVONI, *Teoria delle società* (1953), 553.

ciò anche da questo punto di vista si può escludere la natura eccezionale della norma.

11. Aver constatato la differenza tra l'attività del rappresentante e di chi agisce in nome di società futura potrebbe far deviare il discorso dalla sua giusta direzione. Potrebbe infatti pensarsi ad una forma di responsabilità sociale, preliminare a quella della società futura.

A questo punto il discorso diventa complesso, poichè si ripropone il grave problema delle società irregolari: ed è noto, che pur essendo la dottrina contemporanea orientata in senso negativo, vi è pur sempre chi autorevolmente sostiene l'esistenza di un ente dotato di autonomia patrimoniale prima dell'iscrizione ⁽²⁵⁾. In questa sede è superfluo riassumere i termini della questione, ma basterà dire che gli argomenti addotti dalla maggioranza della dottrina, ed in particolar modo dal Graziani, appaiono persuasivi ⁽²⁶⁾.

In ogni modo il problema dell'esistenza delle società irregolari riguarda l'eventuale responsabilità dei soci, ma non spiega la responsabilità personale di chi ha agito in nome delle società. Un rapporto tra le due questioni potrebbe stabilirsi solo se si dovesse supporre che la responsabilità personale colpisca solo chi è stato già regolarmente nominato amministratore. In questo caso, potrebbe dirsi che l'amministratore ha agito per conto dei soci. Ma poichè la stessa disciplina vale per ogni terzo che di sua iniziativa abbia speso il nome della società, diventa evidente la separazione di problemi, e quindi di soluzioni.

Nè d'altro canto può pensarsi ad un rapporto associativo che lega solo chi abbia agito in nome della società futura. Il

(25) OPPO, *Contratti parasociali* (1942), p. 24 ss.; CANDIAN, *Formazione senza scrittura di società per azioni*, in *Riv. dir. fall.* 1946, 137; PUGLIATTI, *La trascrizione* (1957), vol. I, t. I, p. 198 ss.

(26) GRAZIANI, *Diritto della società*, cit., p. 214 ss., ove è criticata anche la formulazione del FERRARA F. j., *Imprenditori e società*, o. c., 253, secondo il quale la società non iscritta si trasforma in altro tipo sociale. Per un esame esauriente delle diverse teorie sull'argomento, cfr. PAVONE-LA ROSA, *Il registro delle imprese* (1954), 333 ss.

vincolo di solidarietà che a norma dell'art. 2331 c.c. grava su questi soggetti costituisce un indice interessante; ma non può far pensare che, in ogni caso, coloro che hanno agito, lo abbiano fatto sulla base di un accordo. Il collegamento certamente sussiste, ma esso segue a guisa di effetto all'attività svolta, e non già preesiste come presupposto. In realtà, la particolare disciplina tracciata nella norma in questione si spiega considerando che con la spendita del nome altrui i soggetti assumono tutti una posizione formalmente identica: ma l'identità sussiste solo nei confronti del terzo, a cui i soggetti si rivolgono, e non nei rapporti interni, in questa fase irrilevanti.

Queste brevi considerazioni permettono di escludere che la norma si spieghi sulla base di un rapporto associativo attuale. E quindi diventa probabile una soluzione nell'ambito del fenomeno della sostituzione, anche se al di fuori della rappresentanza.

12. Prima di proseguire l'indagine, è opportuno riassumere alcuni punti di particolare interesse per la qualificazione giuridica dell'attività svolta in nome di una società non ancora iscritta:

a) in primo luogo, si tratta di un'attività spontanea. È pur vero che di solito la dottrina intende la norma come diretta a regolare le operazioni poste in essere dagli amministratori. Ma si è visto che questo è solo il caso più frequente, e non esaurisce la previsione dell'art. 2331 co. 2°. Inoltre, data l'inefficacia del contratto di nomina precedentemente all'iscrizione della società, anche l'amministratore agisce di sua iniziativa, e non in adempimento di un obbligo contrattuale ⁽²⁷⁾;

(27) La spontaneità dell'agire deve essere negata solo quando l'amministratore od il socio abbiano assunto l'obbligo nei confronti dell'assemblea di compiere gli atti in questione. La dottrina tedesca parla in questo caso di *Vorgesellschaft*. L'atteggiamento della dottrina italiana in ordine a questa soluzione è complessivamente negativo; ma su questo aspetto della questione si tornerà più avanti: per ora è sufficiente un rinvio alle osservazioni del BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società* (1948), o. c., p. 177, ed ivi a nota 33 bibliografia. In questa sede si vuol solo prospettare il caso e domandarsi se anche qui ricorre la figura della gestione di affari: come si vedrà più avanti, la risposta è positiva.

b) inoltre, la spedita del nome altrui non si basa sul presupposto di un conferimento di poteri, esistente o non, ma tende esclusivamente ad individuare nei confronti del terzo la titolarità dell'interesse regolato ⁽²⁸⁾;

c) infine, il terzo interviene in una situazione particolare, caratterizzata dall'impossibilità del soggetto nel cui nome si agisce a provvedere ai propri interessi, ad attuarli ed a regolarli.

È agevole identificare in questi tre presupposti i requisiti della c.d. gestione rappresentativa. Forse qualche dubbio è legittimo in ordine al terzo punto, poichè l'inesistenza del soggetto non può essere senz'altro equiparata alla *absentia domini*. Tuttavia va ricordato che la dottrina ha già da lungo tempo accettato la possibilità di una gestione di affari di persona giuridica futura ⁽²⁹⁾. E questa convinzione è sostanzialmente esatta, dato che in questa ipotesi l'ente non è del tutto inesistente, ma solo è in via di formazione. Già sussiste una sfera di interessi che fa capo all'ente e quindi è ben possibile la gestione di quell'interesse da parte di un terzo. A ben diversa conclusione si dovrebbe giungere se dovesse pensarsi che nella gestione si abbia una vera e propria rappresentanza, che implica il potere di « rendere giuridicamente presente » all'atto il rappresentato ⁽³⁰⁾: ciò non sarebbe possibile, dato che il soggetto da un punto di vista formale non esiste ancora. Ma se si accetta la formulazione secondo la quale il soggetto nominato dal gestore è solo il destinatario del-

(28) A questo proposito si richiama ancora una volta la distinzione tra i diversi significati dell'agire in nome altrui: SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, o. c., p. 270.

(29) Oggi la costruzione è largamente accolta in ordine all'a. 2338 c. c. Fu enunciata dallo SCIALOJA A., *Natura giuridica della costituzione delle società per azioni*, in *Saggi di vario diritto* (1928), II, 31 ss. che affronta brevemente il problema dei rapporti giuridici senza soggetto e della rappresentanza di ente futuro. Non mancano tuttavia voci contrarie: la più seria obiezione è dell'AULETTA, *Il contratto di società commerciale* (1937), 200, secondo il quale è illogico concepire la società come soggetto del negozio giuridico da cui deriva la sua esistenza: l'obiezione, però, riguarda il solo a. 2338, dato che questa norma ha una sfera diversa dall'a. 2331 co. 2°, come si dirà più avanti.

(30) Così, molto bene, SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, o. c., 59.

l'effetto, la difficoltà profilata scompare: naturalmente resta da vedere l'efficacia dell'atto, ma sarebbe infondato un dubbio sulla sua struttura.

Naturalmente, in tanto questa soluzione appare plausibile, in quanto si ammetta una sostanziale differenza tra gestione di affari altrui e rappresentanza. Il problema è veramente grave, e d'altro canto su di esso ci si è già soffermati in un precedente studio, pubblicato qualche anno fa ⁽³¹⁾. Inoltre, di recente i risultati di questo lavoro hanno trovato conferma ⁽³²⁾: è pur vero che la diversità tra rappresentanza e gestione è stata affermata solo *quoad factum*, e non anche *quoad effectum*; tuttavia, anche questa parziale conferma corrobora il discorso fin qui svolto.

13. Si è riusciti ad identificare nell'attività di colui che agisce in nome della società futura una gestione di affari. A questo punto, ci si deve riproporre la consueta domanda: rispetto alla normativa stabilita negli artt. 2028 ss. c.c. la disciplina dell'art. 2331 costituisce una deroga, tale da farla qualificare come eccezionale?

Nel lavoro precedente, già ricordato, ho ritenuto che in ogni ipotesi di gestione rappresentativa vi sia una responsabilità personale di colui che ha assunto spontaneamente la cura dell'affare alieno ⁽³³⁾. Secondo questa formulazione, la norma stabilita a proposito della società non iscritta avrebbe una sostanziale corrispondenza con la disciplina della gestione degli affari altrui. Tuttavia le conclusioni raggiunte in quella sede sono state sottoposte ad un'attenta critica ⁽³⁴⁾, e quindi non sembra possibile riproporle senza adeguata motivazione. E d'altro canto non può neppure negarsi che la critica avanzata abbia un serio fondamento, almeno sotto alcuni aspetti ⁽³⁵⁾.

(31) AURICCHIO, *Contributo alla teoria della gestione rappresentativa*, in *Studi Urbinati* 1956-57, 3 ss.

(32) SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, o. c. 136.

(33) *Contributo alla teoria della gestione rappresentativa*, o. c., 25 ss.

(34) SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, o. c., 135.

(35) In particolar modo, lo schema dell'accollo non si può adottare ad ogni ipotesi di gestione di affari altrui, dato che essa riguarda solo i rapporti obbligatori, e non anche i trasferimenti.

Per i motivi esposti è opportuno valutare il problema proposto alla stregua delle convinzioni della dottrina dominante. Secondo il comune insegnamento, le norme sulla gestione di affari regolano due ordini di rapporti, tra *dominus* e terzo, e tra gestore e *dominus*. L'art. 2331 co. 2° disciplina invece i rapporti tra gestore e terzo. Si può quindi affermare che tra le due discipline non esiste contraddizione, negando così la natura eccezionale di questa norma.

Probabilmente questa conclusione appare a prima vista un po' affrettata. Potrebbe obiettarsi che secondo l'insegnamento tradizionale il gestore non assume nessuna responsabilità personale, e quindi da ciò si dedurrebbe il carattere eccezionale dell'art. 2331 co. 2°. Ma un ulteriore approfondimento del tema permette di superare questo dubbio.

In primo luogo va ricordato che l'insegnamento tradizionale non appare su questo punto del tutto scevro di dubbi, ma per non ripetere cose già dette altrove è opportuno sorvolare su questo aspetto della questione ⁽³⁶⁾. Vi è poi un'altra considerazione; non si vede la norma in tema di gestione di affari altrui

(36) Su questo punto la critica dello SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, o. c., 135 nt. 3, non appare del tutto esauriente. Se Tizio andando da Caio a chiedere il suo intervento in un affare di Sempronio assente, non solo nega di agire sulla base di un conferimento di poteri, ma esclude qualsiasi forma di responsabilità personale, egli non agisce come gestore, al più come un amico o un procacciatore di affari: gestore in senso giuridico sarà Caio, ed egli si potrà rivalere in questa veste nei confronti del *dominus*. Infatti, va ricordato che la gestione come fonte di rappresentanza è stata concepita proprio considerando la figura del terzo gestore: PACCHIONI, *La « negotiorum gestio » del terzo contraente*, in appendice alla traduzione di SAVIGNY, *Le obbligazioni* (1912, p. 425 ss.). Per comprendere il senso della questione, deve pensarsi che la gestione può consistere sia di attività materiale che di attività negoziale: per quel che riguarda l'attività materiale o per meglio dire non contrattuale, il rischio grava certamente sul gestore. Ed allora perchè dovrebbe pensarsi che in un contratto lo stesso rischio passi al terzo? Si analizzino i due comportamenti; il gestore paga un debito fiscale dell'assente, oppure contrae un mutuo per pagare lo stesso debito. Ambedue le attività hanno un fondamento comune, la posizione di spontaneo inserimento nell'affare altrui: sembra perciò ingiustificato che mentre nella prima ipotesi sia egli ad assumere il rischio dell'operazione lo stesso rischio passi poi tutto intero al terzo. Si pensi oltretutto che il terzo non avrebbe nei suoi confronti neppure una azione di responsabilità per *culpa in contrahendo*, che egli invece ha contro il *falsus procurator*.

che sia derogata dall'art. 2331 co. 2°. In proposito va detto che non può parlarsi genericamente di eccezionalità di una norma rispetto al sistema, dato che ciascuna norma fa parte del sistema e quindi ne condiziona la struttura. È vero invece, che pur accettando l'interpretazione tradizionale degli artt. 2387-2332 c.c., queste norme possono trovare applicazione integrale; e, solo, accanto ad esse, in una posizione autonoma, si aggiunge l'articolo 2331 c.c. E ciò basterebbe per negare che vi sia antinomia tra le due discipline.

La possibilità di applicare contemporaneamente le due normative dimostra che esse si ispirano a esigenze differenti. Ciò trova conferma nel fatto che la responsabilità illimitata e solidale di colui che ha agito in nome altrui è stabilita in ogni caso, a prescindere dall'efficacia o dall'inefficacia del contratto, dalla futura esistenza del soggetto, e senza tener conto della persona — rappresentante e società — che ne subirà gli effetti. In altre parole, l'applicazione dell'art. 2331 co. 2° prescinde dal meccanismo della gestione di affari e dalla ricorrenza dei suoi presupposti. Di fronte a questa constatazione sarebbe illogico assumere che in questa norma sia disciplinata in modo diverso la stessa materia regolata in tema di gestione.

14. Per trovare una prima conferma del risultato raggiunto, appare utile indagare più da vicino lo scopo della norma che pone una responsabilità personale a carico di chi abbia agito a nome della società non ancora iscritta. E si vedrà che anche da questo punto di vista può essere affermata la posizione autonoma che nell'ambito del sistema occupa l'art. 2331 c.c.

La natura della responsabilità del c.d. rappresentante di società non iscritta risulta già da un quesito posto dalla più autorevole dottrina commercialistica; questa responsabilità permane anche dopo che sia avvenuta l'imputazione degli effetti del contratto alla società successivamente iscritta. Al quesito viene dato normalmente risposta positiva⁽³⁷⁾. E le ragioni addotte sono

(37) GRAZIANI, *Diritto delle società*, o. c., 214 e a nota 6 bibliografia. Di avviso contrario è invece il GUGLIELMETTI, *Responsabilità per gli atti compiuti tra*

due: in primo luogo — si dice — la norma non prevede il venir meno di questa responsabilità. L'argomento letterale appare anche a prima vista solido e convincente: tuttavia potrebbe sempre dirsi che esplicitamente la legge non prevede neppure il permanere del vincolo personale a carico del c.d. rappresentante. Ma vi è un altro argomento, più sicuro: è stato molte volte osservato che la responsabilità personale di colui che agisce in nome della società non iscritta deve continuare a sussistere anche dopo l'iscrizione, poichè al momento della formazione del vincolo il terzo ignora quale sia il capitale della società. D'altro canto, mancando un mezzo di pubblicità legale, non può accollarsi a questo soggetto un onere di conoscenza. Ed inoltre, se v'è un soggetto in grado di conoscere la situazione patrimoniale della società futura, costui è il c.d. rappresentante, e non certo il terzo.

A queste due considerazioni già fatte della dottrina se ne può aggiungere una terza. Nell'ambito del nostro sistema — può dirsi — la nascita della persona giuridica non vale di per sè a liberare coloro che prima erano personalmente obbligati. In tal senso sono indicative le norme sulla trasformazione della società (art. 2499): è pur vero che questa ipotesi è per molti versi diversissima da quella esaminata in questa sede, ma anche qui si verifica in un momento successivo una situazione che esistendo fin dall'inizio avrebbe portato all'esclusione della responsabilità personale di colui che ha agito. Da questo punto di vista, l'analogia tra le due ipotesi sussiste, e quindi si giustifica l'estensione della disciplina. Inoltre, il diritto del terzo nei confronti di colui che ha agito è già acquisito al suo patrimonio, e secondo i principi generali non può essere perduto se non per il sopravvenire di fatti che la legge esplicitamente munisca di efficacia estintiva. In conclusione, anche se dovesse ammettersi che la legge tace in ordine al quesito proposto, non potrebbe negarsi per mo-

la stipulazione dell'atto costitutivo e la iscrizione nel registro delle imprese, in Riv. delle società 1957, pag. 484, 487, secondo il quale il terzo non merita la garanzia perchè sapeva di contrarre con la società: in realtà, se questa fosse la valutazione degli interessi compiuta dal legislatore, non si spiegherebbe in nessun caso l'art. 2331 c. c. Il richiamo ai principi della rappresentanza appare fuor di luogo, dopo aver visto le profonde differenze tra le due normative.

tivi di equità e di correttezza logica, il persistere della responsabilità stabilita nell'art. 2331 co. 2°.

Questa ammissione ha gravi conseguenze teoriche; chi afferma che la responsabilità del gestore permane anche dopo la nascita della persona nel cui nome egli ha agito, deve anche presumere che essa non muti nella sua natura, prima e dopo questa nascita. Il titolo della responsabilità ed il fatto giuridico che l'ha determinata rimangono identici, e quindi non troverebbe giustificazione alcuna una variazione del suo fondamento.

Dopo questa premessa il problema della natura della responsabilità del gestore appare avviato alla sua soluzione più logica. Non può negarsi che quando la persona giuridica è nata ed è diventata destinataria degli effetti del contratto, la responsabilità del c.d. rappresentante ha una tipica funzione di garanzia: invero la sua permanenza si giustifica proprio considerando l'ipotesi che il patrimonio della società si riveli insufficiente. Ed in base a quel che si è detto si deve pensare che essa abbia la stessa funzione anche prima dell'iscrizione⁽³⁸⁾. In proposito non può essere sollevata nessuna difficoltà da chi ammetta la figura della società irregolare, poichè secondo questa teoria ricorre lo stesso presupposto di fatto e di diritto rilevato nell'ipotesi precedente; l'insufficienza del patrimonio sociale. Ma la stessa conclusione può essere raggiunta anche da chi nega l'esistenza delle società irregolari: è pur vero che qui il rischio ha natura diversa, la possibilità che la persona giuridica non venga ad esistenza, ma, in definitiva, l'oggetto della garanzia resta identico, dato che essa è pur sempre diretta ad assicurare al terzo l'utilità che egli si riprometteva della conclusione del contratto. Sia che la persona giuridica sia venuta ad esistenza o non, sia che il contratto abbia o non prodotto i suoi effetti, il legislatore si preoccupa che il terzo raggiunga lo stesso risultato (economico) a cui tendeva al

(38) È pur vero che il legislatore parla di responsabilità e non di garanzia, ma l'uso dei due termini non è sempre concettualmente preciso: cfr. i rilievi dommatici e bibliografici del PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti* (1955), p. 140 ss. Soprattutto in tema di società la nozione di responsabilità-garanzia è particolarmente adoperata dal legislatore: cfr. SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società* (1959), p. 10 ss.

momento della conclusione del contratto. E va subito sottolineato che in tal modo si spiega perchè il legislatore stabilisca la responsabilità personale ed illimitata del gestore indipendentemente dalle vicende del contratto posto in essere.

A voler intendere in tal modo il senso della norma in questione, diviene innegabile che essa corrisponde ad una disciplina molto diffusa nell'ambito del fenomeno associativo. Infatti sono molte le norme in cui è stabilita la responsabilità personale di chi abbia agito in nome di un ente collettivo (artt. 33, 38, 2291, 2303, 2313 c.c.) ed in ogni ipotesi ricorre l'impossibilità da parte del terzo di conoscere legalmente il patrimonio dell'ente. Ed è sintomatico che la dottrina in queste ipotesi parla molto spesso di fideiussione *ex lege*. È pur vero che da un punto di vista dommatico questa costruzione non sembra del tutto soddisfacente ⁽³⁹⁾, ma certamente l'espressione riesce a cogliere la *ratio* della norma. E quindi, anche a voler prescindere dalla ben diversa questione della costante responsabilità personale del gestore di affari altrui, si giunge alla conclusione che questa responsabilità costituisce una regola generale in tema di rappresentanza di enti collettivi, laddove mancano i mezzi di pubblicità legali per far conoscere al terzo l'esistenza dell'entè e la sua consistenza patrimoniale.

15. La conclusione annunciata costituisce per ora un risultato provvisorio, che deve essere esaminato più attentamente allorchè l'indagine sarà spostata sulle vicende del contratto concluso dal c.d. rappresentante di persona futura.

Tuttavia fin d'ora, in attesa della successiva conferma, può affermarsi che la norma è applicabile per analogia all'intero fenomeno della rappresentanza di persona giuridica futura. In ogni caso, infatti, ricorrono i presupposti che sono a base della norma; in primo luogo, può darsi che l'associazione o la fondazione o il comitato non ottengano il riconoscimento, ed inoltre può accadere che il loro patrimonio si riveli insufficiente. Non si vede quindi quale motivo possa sussistere per attribuire alle società un

(39) Cfr. da ultimo sull'argomento, RAVAZZONI, *La fidejussione* (1957), 119.

7. *Studi Urbinati*, 1959-1960.

trattamento diverso dalle altre persone giuridiche, dato che qui certamente non è operante il particolare scopo — divisione degli utili — che caratterizza le società.

III

16. Fin qui si è detto che la responsabilità posta a carico di chi ha speso il nome di una persona giuridica futura è indice di un'obbligazione di garanzia. Inoltre, si tratterebbe di un'obbligazione *ex lege*, che trova la sua giustificazione nella particolare posizione spontaneamente assunta dal gestore nella conclusione dell'affare ⁽⁴⁰⁾.

Prima di considerare acquisito questo risultato, è opportuno esaminare le altre possibili soluzioni prospettate dalla dottrina. Un solo punto fermo può essere assunto fin da ora, la natura contrattuale della responsabilità in questione: il gestore è in ogni caso tenuto a porre il terzo in una situazione patrimoniale equivalente a quella che sarebbe seguita ad una piena efficacia e ad una perfetta esecuzione del contratto. È certa quindi l'esistenza di un'obbligazione: si tratta di vedere da dove e perchè essa nasca.

A voler negare la fonte legale dell'obbligazione in questione, si dovrebbe anche ritenere che essa discenda direttamente dal contratto, a guisa di effetto voluto dai contraenti. In altre parole, la responsabilità di chi ha agito in nome della società non ancora iscritta o dell'associazione non riconosciuta sarebbe quella tipica, configurabile come sanzione per l'inadempimento di un obbligo derivante dal contratto. Ed il necessario presupposto di questa formulazione sarebbe appunto l'efficacia *ab initio* del contratto, poichè solo in tal modo potrebbe parlarsi di un effetto contrattuale.

(40) BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, o.c., 245, mette in luce che si tratta di una responsabilità legale derivante dall'agire a proprio rischio. Da questo punto di vista, in sè esatto, l'a. afferma l'analogia del nostro caso con quello dell'agente di commercio e del mediatore (a. 1748, 1755). In questi esempi, però, il rischio incide sull'acquisto di un diritto (provvigione) e non sul realizzarsi di una responsabilità.

Ma questa formulazione presta il fianco a diversi rilievi critici. Chi ritiene che il contratto concluso dal c.d. rappresentante di persona futura sia immediatamente efficace, deve necessariamente supporre che gli effetti intercorrano — almeno in un primo tempo — tra rappresentante e terzo ⁽⁴¹⁾. È agevole osservare che in tal modo si verrebbe a rendere privo di senso il requisito della *contemplatio domini*, pur esplicitamente richiesto dall'art. 2331 co 2°. Per quanto vario possa essere il significato di questo requisito, esso indica sempre un preciso atteggiamento della volontà dei contraenti, diretta ad imputare gli effetti del contratto alla sfera giuridica del soggetto nominato. Se realmente il c.d. rappresentante avesse voluto assumere obbligazioni in proprio, la spendita del nome altrui sarebbe stata superflua.

Per superare la difficoltà, si è detto che la *contemplatio domini*, sarebbe in questa ipotesi un caso di falsa *demonstratio* ⁽⁴²⁾. Ma in proposito va rilevato che in tanto l'art. 2331 co. 2° è applicabile, in quanto la società futura sia nominata come destinataria degli effetti. Se ciò mancasse, si entrerebbe senz'altro in istituti diversi — gestione in nome proprio, mandato senza rappresentanza — che trovano la loro disciplina in altra sede. D'altro canto il valore formale della spendita del nome altrui deve essere affermato non solo sul piano della determinazione della fattispecie, ma anche in ordine degli effetti. Infatti il vincolo di solidarietà che lega coloro che hanno agito si spiega appunto con l'identità di posizione formale che essi hanno assunto con il loro comportamento in ordine all'interesse gerito. E l'unico indice di questa identità formale è costituito appunto dalla spendita del nome altrui. In altre parole, se realmente questo requisito fosse superfluo, non si spiegherebbe perchè l'uno debba rispondere per il contratto concluso dall'altro, e non ciascuno per il proprio.

(41) Così BARBIERI, *Gli atti dell'amministratore ecc.*, o. c., 609. Vi è però chi ritiene il contratto efficace nei confronti di un soggetto diverso: cfr. PAVONE-LA ROSA, *Il registro delle imprese*, o. c., 342 ss. Contro questa formulazione si può fin d'ora osservare che questo soggetto non è nominato nel contratto posto in essere dal rappresentante di persona futura. Inoltre, si vedrà più avanti che non può ammettersi nessun nuovo soggetto, società o associazione.

(42) Così ROMANO-BARBIERI, *Teoria delle società* (1953), 553; BARBIERI, *Gli atti dell'amministratore ecc.*, o. c., p. 609.

In conclusione, non si può accettare la teoria secondo la quale la *contemplatio domini* sia irrilevante nell'ambito dell'art. 2331 co 2°. Ed è quindi probabile che essa abbia la normale rilevanza, l'indicazione del destinatario degli effetti.

17. Chi ritiene il contratto direttamente efficace tra il c.d. rappresentante ed il terzo, è vittima di un equivoco, che si spiega facilmente tenendo presente i contratti meramente obbligatori. Si pensi a questo esempio: un socio si rivolge ad un avvocato per avere un consiglio legale a proposito di un affare della società futura. Dopo aver dato il suo parere, l'avvocato chiede al socio il pagamento dell'onorario pattuito: è fuor di dubbio che, a norma dell'art. 2331 co. 2°, il socio non può sottrarsi alla riserva della controparte. A questo punto, può sembrare ozioso domandarsi se il socio risponde a titolo di garanzia, oppure come titolare di un obbligo già nato dal contratto.

Ma per comprendere il senso della questione occorre riferirsi ai contratti traslativi. Non vi è dubbio che quando si discute di efficacia o inefficacia di un atto giuridico, la differenza tra contratti traslativi ed obbligatori non ha importanza; invero non si vede perchè un contratto traslativo non debba produrre subito i suoi effetti, mentre un contratto obbligatorio li produce. Ammessa quindi un'identità di soluzioni, vediamo comparire in questa ipotesi molte difficoltà che prima non sussistevano. Infatti, secondo la formulazione dell'efficacia immediata del contratto, il trasferimento in una compravendita avverrebbe automaticamente in testa al rappresentante. Ma poi, ci si può domandare, come avviene il trasferimento dal rappresentante alla persona giuridica, una volta avvenuta l'iscrizione o concesso il riconoscimento? Non si può pensare ad un trasferimento *ex lege*, poichè manca una norma esplicita che lo preveda ⁽⁴³⁾, e neppure ad un trasferimento *ex contractu*, dato che una compravendita può spiegare un solo passaggio di proprietà, e non tutta una se-

(43) Manca una norma simile a quella che esiste in tema di mandato ad acquistare cose mobili, ove appunto è previsto un trasferimento *ex lege*: MINERVINI, *Il mandato*, (1954), p. 102 ss.

rie. Diventa quindi necessaria una nuova compravendita: basta però pensare che a carico del c.d. rappresentante non vi è alcun obbligo di contrarre dato che la sua attività è stata spontanea, per comprendere che basterebbe un rifiuto del rappresentante per frustrare il risultato ultimo a cui si vuol tendere, l'acquisizione alla società delle utilità che possono nascere dalle attività svolte a suo nome.

Inoltre, lo stesso interesse dei contraenti può assumere atteggiamenti in assoluto contrasto con la soluzione prospettata. Infatti, nel caso che la società non venga ad esistenza, il rappresentante verrebbe a trovarsi titolare di un bene che a lui personalmente non serve. D'altro canto, il terzo può aver pensato di dare una certa destinazione proprio scegliendo quella determinata controparte, la persona giuridica; e ciò potrebbe avere grande importanza in un contratto di locazione, o nella vendita di un usufrutto. In altre parole, l'ipotesi di un acquisto immediato da parte del rappresentante di persona futura, se presenta delle difficoltà tecniche nel caso che la società venga ad esistenza, giunge a risultati addirittura iniqui nel caso che la registrazione non abbia luogo.

Di fronte a queste difficoltà, appare più conforme alla concreta configurazione degli interessi in gioco ed al modo in cui la volontà delle parti si è atteggiata al momento della conclusione del contratto, configurare la responsabilità del gestore come semplice forma di garanzia. Seguendo questa teoria, il trasferimento non avviene che in testa alla persona giuridica; e l'obbligazione del gestore non ha quindi la funzione di corrispettivo, ma serve solo ad assicurare il terzo in ordine all'effettivo conseguimento del corrispettivo. A volte le due obbligazioni possono avere anche un contenuto uguale, come avviene nell'esempio fatto all'inizio di questo paragrafo. Ma più spesso, la misura della responsabilità stabilita dall'art. 2331 co. 2° sarà diversa: in una compravendita inefficace, l'obbligo di garantire la controparte non consiste nel pagamento del prezzo, ma solo di quella parte che corrisponde al mancato guadagno, dato che il terzo non ha perduto la proprietà della cosa venduta.

18. Secondo quel che si è detto, il contratto posto in essere dal c.d. rappresentante di persona giuridica futura non produce effetti fin quando la persona giuridica sia venuta ad esistenza. Si tratta ora di vedere quale sia la sua natura giuridica durante questo periodo di pendenza, dal momento della conclusione a quello della sua efficacia.

Si può escludere che possa parlarsi di nullità. Invero, questa qualificazione precluderebbe la possibilità di spiegare la successiva efficacia del negozio. E d'altro canto, la legge esplicitamente commina questa sanzione per alcuni atti, l'emissione e la vendita di azioni, compiuti prima dell'iscrizione: *a contrario* è lecito dedurre la validità degli altri atti compiuti in nome della persona giuridica.

Si tratta quindi di vedere se il negozio sia meramente inefficace, oppure in via di formazione, mancando un suo elemento essenziale, il soggetto. Il problema è di grande interesse dommatico: tuttavia non è possibile affrontarlo in questa sede, anche perchè ciascuna soluzione è strettamente collegata alla teoria del negozio giuridico che si vuole adottare⁽⁴⁴⁾. Ci si limiterà quindi a segnalare un aspetto particolare che il problema presenta nel caso qui studiato, la separazione tra il soggetto autore dell'atto ed il soggetto destinatario dell'effetto. Normalmente questo duplice atteggiamento del fenomeno soggettivo non viene in rilievo, giacchè il contratto produce effetti tra le parti. Ma nell'ambito della sostituzione, la distinzione si propone con evidenza visiva. In fondo la dottrina ha già posto l'accento sulla questione in ordine agli atti unilaterali: anche qui si è voluto distinguere tra il soggetto destinatario della dichiarazione e soggetto destinatario dell'effetto⁽⁴⁵⁾. E qui, come nel contratto, si può dire che il

(44) Ad esempio, per parlare di negozio in formazione, bisognerebbe accettare la configurazione del negozio giuridico come *fattispecie* a formazione successiva: cfr. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, (1939), 382 ss., ove la teoria è applicata al negozio su cosa futura. Questa formulazione è di grande interesse per l'esame del nostro problema, dato che è stata vista analogia tra soggetto ed oggetto futuro: OPPO, *Note sull'istituzione dei non concepiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1948, 66 ss.

(45) PUGLIATTI, *La simulazione negli atti unilaterali*, in *Diritto civile. Saggi* (1951), 548 ss.

primo termine ha una rilevanza strutturale, mentre il secondo incide solo sulla nascita del rapporto ⁽⁴⁶⁾. La distinzione appare probabile soprattutto in quanto si versa in materia di gestione di affari: già prima, parlando della differenza tra rappresentanza e gestione, e della diversa rilevanza che ha nei due casi la *contemplatio domini*, si è detto che nel nostro istituto il vero autore dell'atto è il gestore, che non «rende presente» al contratto nessun altro al di fuori di sè stesso, ma solo indica colui che sarà il titolare del rapporto. Quindi, almeno per ragioni di coerenza, si può essere indotti a parlare di mera inefficacia del negozio.

In ogni modo, al di fuori di ogni precisazione teorica, resta la considerazione che il contratto non produce effetti prima che venga ad esistenza la persona giuridica. E qui sorge una questione di notevole interesse, dato che a volte il contratto viene anche eseguito prima di questo momento; a questo proposito ci si può domandare quale sia la rilevanza di questa «esecuzione». Probabilmente, il pagamento del prezzo, l'acquisto del possesso o della detenzione del bene, la sua destinazione alla funzione finale, sono tutti atti distinti di gestione, che rilevano in quanto tali, e non nel paradigma di un'efficacia negoziale, forse inesistente. Il filo che unisce tutti questi atti è costituito dall'art. 2028 c.c. che pone a carico del gestore l'obbligo di continuare la gestione spontaneamente iniziata. Si può anche parlare di esecuzione del contratto, ma bisogna sempre tenere presente che secondo il comune insegnamento il contratto eseguito è inefficace; ciò determina la possibilità di una riduzione in pristino nel caso in cui la persona giuridica non venga ad esistenza.

19. Prima che venga ad esistenza la persona giuridica, per l'inefficacia del contratto concluso in suo nome, sussiste la possibilità di un solo tipo di rapporto, quello previsto nell'art. 2331 co. 2°, tra gestore e terzo.

A questo proposito, da parte della dottrina commerciali-

(46) Naturalmente, anche la validità di questa osservazione è condizionata all'accettazione di una determinata teoria del negozio giuridico: in proposito, cfr. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico* (1950), 333 ss. che configura l'esistenza del soggetto come elemento della situazione giuridica effettuale.

stica, è sollevata una questione di grande interesse pratico. Si fa il caso che colui che agisce in nome della società non registrata non operi di sua iniziativa, ma per incarico dell'assemblea dei soci, tutti o alcuni: in questa ipotesi — è stato detto — il terzo può rivolgersi non solo al gestore, ma anche a chi gli ha dato l'incarico di agire.

Anche a prima vista appare chiaro che questa diversa responsabilità non è esplicitamente prevista dall'art. 2331 c.c. Si tratta perciò di valutare il fondamento che la dottrina assume a base della soluzione adottata. È evidente che non può ricorrersi alla figura della società irregolare, giacchè nell'ipotesi considerata non è in questione la responsabilità dei soci in quanto tali, ma solo in quanto abbiano esplicitamente dato incarico di svolgere quella determinata attività giuridica: ciò è tanto vero che il dubbio si prospetta identico sia che l'attribuzione dell'incarico sia stata decisa da tutti i soci, sia da taluni solamente ⁽⁴⁷⁾. Ed infatti in questo caso si è parlato di una società diversa, preliminare ad una società per azioni ⁽⁴⁸⁾. La soluzione è certamente abile, ma non sembra del tutto convincente; infatti per richiamare la norma stabilita in tema di società semplice (art. 2267 c.c.) occorrerebbe in primo luogo dimostrare che coloro che hanno dato l'incarico di agire abbiano realmente formato una società. E se per tale deve intendersi l'atto con cui due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili, la risposta negativa appare si-

(47) D'altro canto, la questione delle società irregolari è stata deliberatamente accantonata in questa sede, pur esprimendo adesione alla dottrina che ne nega l'ammissibilità.

(48) La dottrina tedesca parla appunto di «Vorgesellschaft». È dubbia però la sua natura giuridica: secondo alcuni si tratterebbe di società civile: WIELAND, *Handelsrecht* (1921), II, 73 s.; oppure di associazione non riconosciuta: HUEK, *Gesellschaftsrecht* (1948), 118. Le due formulazioni sono distintamente esaminate nel testo: naturalmente, poichè l'indagine interessa il diritto italiano contemporaneo, saranno esaminate le due ipotesi della società semplice e dell'associazione non riconosciuta. In generale sull'atteggiamento della nostra dottrina sull'argomento, cfr. MINERVINI, *Società per azioni*, *Rassegna di diritto comparativo italo-svizzero*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1950, 222 ss. *Adde*, per una soluzione simile a quella difesa dalla dottrina tedesca, PAVONE-LA ROSA, *Il registro delle imprese*, o. c., 340 ss., e ROMANO-PAVONI, *Teoria delle società*, o. c., 550 ss.

cura: non solo manca nella normalità dei casi un conferimento di beni o servizi diverso da quello stabilito per la società futura, ma soprattutto manca uno scopo di dividere gli utili ⁽⁴⁹⁾. Tanto più questa soluzione appare certa in quanto il fenomeno — anticipata attività dell'ente — è riferito in questa sede non solo alle società, ma ad ogni persona giuridica, anche a quelle ove la divisione degli utili non appare neppure nella sede definitiva. D'altro canto, quando è dato l'incarico di compiere un solo atto giuridico, verrebbe meno anche quel minimo di stabilità dell'organizzazione che permetta di parlare di associazioni ⁽⁵⁰⁾.

Tutto ciò induce a ritenere che il fenomeno si riduca ad un mandato, da cui nasce l'obbligo di compiere una determinata attività giuridica. Ed è proprio a questo punto che si presenta il quesito veramente importante: se esiste un obbligo di agire, può realmente parlarsi di gestione di affari? Indubbiamente, nel c.d. rappresentante di persona futura manca la spontaneità del comportamento e quindi viene meno il requisito fondamentale dell'art. 2028 c.c. Ma ciò non esclude che la figura di gestore possa essere assunta proprio da chi ha attribuito l'incarico, dato che egli non era affatto obbligato a tenere questo comportamento. Secondo questa ricostruzione, il c.d. rappresentante di persona futura potrà rivalersi nei confronti dei soci secondo le norme del mandato, ed i soci a loro volta potranno farsi rimborsare dalla persona giuridica secondo le regole della gestione.

Resta da vedere se il terzo possa rivolgersi anche ai soci che hanno dato l'incarico. Secondo l'impostazione or ora accennata, il dubbio va risolto in modo diverso a seconda che debba parlarsi di mandato con oppure senza rappresentanza. A ben riflettere la seconda soluzione appare la più probabile: è vero che chi agisce spende il nome altrui, ma la persona indicata al momento

(49) Se l'attività svolta determina un utile, al più esso sarà diviso nell'ambito della futura società: è in ipotesi, infatti, che i soci e gli amministratori abbiano agito nell'interesse e per conto della futura società. Vieni meno così la prima delle due ipotesi, sostenuta in Italia dal BRUNETTI, *Trattato ecc.*, o. c., II, 178.

(50) La stabilità dello scopo e del vincolo fa rientrare le figure di tipo associativo fra i contratti di durata: così RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, o. c., 10.

della conclusione del contratto è la persona giuridica futura, e non chi ha conferito l'incarico. Le ipotesi sono due: o nella *contemplatio domini* è nominata la persona nei cui confronti si è assunto l'obbligo di agire, ed allora si è al di fuori della fattispecie prevista nell'art. 2331 co. 2°; oppure si è agito in nome della persona giuridica futura, e quindi va negato che un soggetto possa attribuire con un proprio atto il potere di rappresentare un altro soggetto, peraltro inesistente⁽⁵¹⁾. Sembra quindi di dover concludere nel senso che sia in questione un mandato senza rappresentanza: e perciò sarebbe ingiustificata la pretesa del terzo di soddisfarsi sul patrimonio di chi ha attribuito l'incarico.

20. La possibilità di un rapporto tra terzo e *dominus* si presenta sol quando la persona giuridica sia venuta ad esistenza. In questo momento il contratto opera secondo le regole della gestione di affari. E quindi solo gli atti « utilmente iniziati » potranno essere imputati al nuovo soggetto, mentre gli altri sono destinati a venir meno definitivamente.

Il criterio dell'utilità iniziale non è accolto dall'intera dottrina. Più spesso, a proposito dell'art. 2331 co. 2°, viene richiesto che l'atto sia « necessario », e non soltanto utile, per la persona giuridica⁽⁵²⁾. È evidente che su questa parte della dottrina gioca l'attrazione dell'art. 2338, ove appunto si parla di atti necessari. Ma a questo proposito possono avanzarsi fondati dubbi. In primo luogo, non è sicuro che l'art. 2338 c.c. disciplini una vera e propria ipotesi di gestione: è illogico — si è detto — ri-

(51) Naturalmente può accadere che il c. d. rappresentante di persona giuridica futura, pur stipulando in nome di questo soggetto, dichiari alla controparte di agire dietro incarico di alcuni soci. Neppure in questa ipotesi, tuttavia, si ha rappresentanza, dato che i soci non avevano il potere di attribuire il corrispondente potere. Sull'argomento, cfr. MINERVINI, *Società per azioni*, o. c., 224, ed ivi bibliografia. L'indicazione dei mandanti è irrilevante, poichè determina nel terzo la semplice conoscenza del mandato (a. 1705 I co.).

(52) GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., p. 211 ss.; GUGLIELMETTI, *Responsabilità ecc.*, o. c., 482 ss.

tenere che la società sia il soggetto del negozio giuridico dal quale deriva la sua esistenza ⁽⁵³⁾.

D'altro canto, anche a volere ravvisare nell'attività dei promotori un'ipotesi particolare di gestione, resta pur sempre la considerazione che la disciplina generale dell'istituto prevale su quella eccezionale, prevista per quella sola ipotesi.

In realtà le due norme, l'art. 2338 e l'art. 2331 co. 2° hanno due sfere di applicazione diverse. E la diversità consiste nel tipo di attività svolta, e non nella qualità del soggetto, promotori gli uni e persone diverse gli altri. Come giustamente è stato detto, anche un promotore può svolgere attività « utile », ma in questo caso egli si presenta con una veste giuridica diversa ⁽⁵⁴⁾: in questo caso la sua attività sarà regolata dall'art. 2331 co. 2°. E val la pena di notare che questa conclusione corrisponde alla affermazione già più volte fatta in questa sede, secondo la quale questa norma si applica indipendentemente dalla qualità giuridica di colui che agisce.

Per valutare l'utilità dell'attività svolta, occorre fare riferimento all'atto costitutivo oppure allo statuto della persona giuridica. E quindi dovrà ritenersi utile ogni attività che sia diretta a realizzare — in modo immediato o mediato — lo scopo della persona giuridica.

In questa conclusione si rivela interamente l'opportunità di adottare lo schema della gestione di affari; invero, sarebbe veramente superfluo richiedere per la imputazione degli effetti un nuovo atto, la ratifica, quando già esiste una valutazione *a priori* della conformità dell'atto allo scopo sociale. Quella giurisprudenza che in ogni caso ha richiesto il nuovo intervento della persona giuridica ha evidentemente trascurato di prendere in considerazione l'interesse del gestore: a suo danno, infatti, si apre la possibilità di sostituire l'*utiliter gestum* all'*utiliter coeptum*.

(53) AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, o. c., 200. L'osservazione è ripresa dal ROMANO-PAVONI, *Teoria delle società*, o. c., 556, che tuttavia ne deduce che in questa ipotesi non può parlarsi di affare della società, ma proprio, e quindi sembra escludere la possibilità del rimborso. A questa conclusione non può giungersi, stante l'art. 2338.

(54) AULETTA, *Il contratto ecc.*, o. c., 203.

Applicando le regole della gestione l'acquisto da parte della società non incontra alcuna difficoltà. Naturalmente, però, può accadere che questo acquisto sia divenuto impossibile, per l'interferenza dell'effetto giuridico di una fattispecie diversa. È questo il caso della trascrizione (art. 2652): il secondo atto di alienazione trascritto prima della registrazione della società, impedisce l'acquisto del bene immobile da parte di quest'ultimo soggetto⁽⁵⁵⁾. Eppure, anche in questa ipotesi, sarà possibile riferire alla persona giuridica il complesso dei rapporti nati dall'intera situazione: infatti, la società e non chi ha agito in suo nome, sarà il titolare del diritto al risarcimento dei danni nei confronti del terzo.

21. Invece, per l'efficacia degli atti non utili, occorre la ratifica. Secondo la più diffusa convinzione della dottrina, l'organo competente è l'assemblea: infatti, nella maggior parte dei casi oggetto di ratifica è l'attività degli amministratori, onde sarebbe assurdo attribuire a questi soggetti il potere di dare efficacia al loro stesso operato. L'osservazione è sostanzialmente giusta, ma nel suo stesso presupposto può vedersi il limite della sua validità; invero non vi è motivo per negare agli amministratori il potere di ratificare l'attività svolta da altri soggetti in nome della persona giuridica futura.

La ratifica di cui si discute in questa sede è quella dell'articolo 2032 c.c.: quindi, oltre a dare efficacia all'atto, determina anche tra *dominus* e gestore quella serie di rapporti obbligatori prevista dall'art. 2031 c.c. ed è, di conseguenza, erroneo attribuire a questo atto efficacia liberatoria del gestore nei confronti del terzo⁽⁵⁶⁾. È pur vero che la ratifica prevista nell'art. 1399 c.c. libera il *falsus procurator* dall'obbligo di risarcire gli interessi negativi, ma ciò dipende dalla natura di questa responsabilità,

(55) App. Milano 11 febbraio 1955, *l. c.*: in proposito deve osservarsi che il secondo atto di acquisto prevale non tanto perchè la prima trascrizione è inefficace o invalida, come dice questa sentenza, ma piuttosto non è possibile trascrizione in testa ad un soggetto inesistente.

(56) GUGLIELMETTI, *Responsabilità ecc.*, o. c., 482.

fondata su una *culpa in contrahendo*, mentre nel nostro caso il fenomeno è tutto diverso. D'altro canto, secondo i principi generali, un soggetto può essere liberato da una sua obbligazione solo con atto del debitore, e non da un terzo: e sulla validità di questa considerazione non incide la natura, principale oppure accessoria, dell'obbligazione.