

ENRICO ZANELLI

STORIA E TEORIA
DEL RAPPORTO DI AGENZIA

*Contributo allo studio
dell'agenzia e dell'agente di commercio*

I

SOMMARIO. Premessa. - I. I LIMITI DELLA NOZIONE DI AGENZIA E LA FIGURA DELL'AGENTE:

1. I problemi di definizione e di disciplina dell'istituto. — 2. Prime ipotesi di lavoro. — 3. Il contratto di agenzia e la figura dell'agente. — 4. Logica ed esperienza nell'identificazione del concetto di agente. — 5. La nozione di agenzia dell'art. 1742 cod. civ. - II. STORIA E TEORIA: I PRECEDENTI: 6. I precedenti dell'attuale contratto di agenzia nella sua storia « interna » ed « esterna »: indicazione delle linee di ricerca. — 7. Commissione e mandato commerciale nella matrice della codificazione francese. — 8. Una nuova figura di intermediario: l'agente di commercio. La sua prima formulazione legislativa nello *HGB*. — 9. Diversità delle premesse concettuali e affinità della disciplina nelle legislazioni attuali. - III. STORIA E TEORIA: GLI SVILUPPI: 10. L'introduzione della nozione di mandato commerciale nel sistema del codice di commercio. — 11. Mandato, affare, atto giuridico. — 12. La trattazione degli affari altrui: indicazione delle nuove linee di sviluppo dell'indagine. — 13. Caratteristiche dell'agenzia nella prassi commerciale italiana precedente la nuova codificazione. — 14. I connotati « servili » della moderna agenzia. — 15. Significato storico-giuridico, e non politico-economico, del precedente richiamo. — 16. Prime formulazioni della problematica dell'agente nella scienza giuridica italiana: applicabilità o meno delle qualifiche di a) commerciante, b) rappresentante, c) mandatario. Riflessi attuali. — 17. L'attività dell'agente nel sistema degli atti di commercio di cui all'art. 3 cod. comm.; possibilità del ricorso al n. 21 o al n. 22. — 18. *Segue*: le difficoltà dell'alternativa, e delle soluzioni ad essa proposte nell'ambito del sistema allora vigente. — 19. *Segue*: possibilità, in astratto, del ricorso anche al n. 6 dell'art. 3 cod. comm., alla luce della nozione generica di somministrazione (di servizi). — 20. La posizione dell'agente nel passaggio dal sistema del codice di commercio all'ordinamento attuale: configurabilità dell'agente come imprenditore, piccolo imprenditore o lavoratore autonomo; ma non come professionista. - IV. IL PASSAGGIO ALL'ATTUALE CONFIGURAZIONE GIURIDICA. MOMENTI E MOTIVI: 21. Enuclazione della figura dell'agente dalle precedenti forme di rappresentanza commerciale (in senso giuridico); la distinzione tra rappresentanza giuridica e rappresentanza economica. — 22. Posizione economica dell'agente nella nuova organizzazione dei traffici, e condizioni giuridiche della sua esistenza. L'agente e la tutela della concorrenza; l'agente e le nozioni di impresa satellite e responsabilità vicaria. — 23. Le teoriche del mandato, della rappresentanza, dell'*agency*, della prestazione di lavoro. Impianto, lineamenti e prospettive di una teoria dell'agenzia.

PREMESSA

Il tema del contratto di agenzia, anche se considerato latamente, tenendo conto sia del rapporto di agenzia che della figura dell'agente, può apparire limitato e circoscritto; e la scelta di questo argomento per una trattazione che, nella sua impostazione monografica e per l'ampiezza di taluni svolgimenti, tende palesemente ad una esplorazione, quanto più possibile in profondità, di temi che presentino un interesse nuovo e vitale per i giuristi moderni, può abbisognare di un chiarimento, se non di una giustificazione.

È vero che le norme del codice concernenti l'agenzia non sono numerose e, in sé, non prospettano una problematica particolarmente intensa o tormentata; è vero che ad esse poco aggiungono, sotto il profilo dell'interesse dogmatico, gli accordi economici collettivi che in concreto regolano il rapporto di agenzia nei vari settori economici; ed è vero, infine, che anche la giurisprudenza in materia sembra in pratica confinata alla costante riaffermazione di criteri di definizione e principii sufficientemente consolidati quando non ovvii, da cui si ricavano di volta in volta le opportune soluzioni di fatto in controversie di natura — per così dire — prevalentemente sindacale.

Mi è sembrato tuttavia che, messi in nuova luce e opportuno rilievo taluni profili più delicati dell'argomento, motivi sufficienti di stimolo e di interesse per uno studio dell'agenzia e dell'agente di commercio potessero innegabilmente essere considerati i seguenti:

primo: il contratto di agenzia è contemplato per la prima volta dal cod. civ. del 1942, e quanto meno la genesi di

esso e le concrete esperienze di applicazione di questi venti anni presentano aspetti che, se noti in sé, non sono ancora stati collocati nella più ampia prospettiva del sistema in evoluzione;

secondo: il rilievo economico dell'istituto, già cospicuo anche considerando la categoria degli agenti in senso stretto (disciplinati dagli accordi collettivi), si allarga a settori limitrofi (imprese di agenzia e rappresentanza a carattere societario, o comunque organizzate su vasta scala, ad es. per l'importazione, l'esportazione e l'assistenza tecnica sul piano internazionale) o a settori affini (imprese di servizi, come « agenzie » in senso lato), ovviamente non contemplati dal legislatore al momento di fissare le note caratteristiche del contratto di agenzia, e pertanto suscettibili di incertezze interpretative quanto all'applicazione stessa della disciplina di questa od altra figura contrattuale;

terzo: la delimitazione di una nuova figura contrattuale dalle caratteristiche così circoscritte è di per sé indice di un metodo legislativo, e in genere anche di presupposti dogmatici e condizionamenti storici (come vedremo essere il nostro caso), tali da attribuire un più generale interesse paradigmatico ad una indagine che si proponga di analizzarne tutti i motivi in sede di ricostruzione critica;

quarto: nonostante le remore implicite nella ristrettezza della nozione, l'agenzia è attualmente oggetto di un rinnovato interessamento tecnico-legislativo, in ragione del rilievo che essa assume quale punto di riferimento e destinataria di regolamentazioni particolari, sia in sede di legislazione speciale nazionale, sia in sede di Comunità Economica Europea, in quest'ultimo caso sotto il triplice profilo delle norme relative alla disciplina della concorrenza, allo *status* professionale degli agenti, e alla libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi; si noti che generalmente la normativa europea deve tener conto dei diversi caratteri che l'istituto assume nei vari paesi membri, con difformità di classificazione e di disciplina non sempre trascurabili,

e che in ultima analisi finisce non di rado per risaltarne tendenzialmente un'altra nozione ancora, diversa, a livello comunitario e sopranazionale (sicché, come si elaborano progetti di una società di « tipo » europeo, così non è escluso che debba profilarsi la figura dell'agente di commercio europeo); e ciò anche a prescindere dai tentativi, sempre ricorrenti, di unificazione del diritto privato dei vari ordinamenti sulla base di convenzioni, leggi uniformi, o almeno accordi di categoria e contratti tipo elaborati dalle organizzazioni professionali: sviluppi tutti di cui sarà dato conto quando l'occasione lo richieda (e non a titolo indiscriminatamente informativo, ma solo ove l'interesse del materiale lo giustifichi);

quinto: la posizione dell'agente, che è, genericamente parlando, di intermediario tra il principale e i terzi, non solo pone il problema della qualificazione del tipo di cooperazione (materiale o giuridica, rappresentativa o non) prestata dall'agente nei confronti del suo preponente (da cui, ovviamente, derivano una serie di conseguenze su tutte le vicende del rapporto trilaterale), ma a mio avviso fa di tale problema la chiave di volta su cui poggia l'evoluzione dell'istituto dai suoi precedenti remoti e prossimi sino alla forma attuale, e che occorre individuare nei suoi termini esatti ove si voglia collocare il rapporto di agenzia su basi sistematiche sicure, a fronte del complesso atteggiarsi che il lavoro in tutte le sue forme presenta nell'articolazione non proprio lineare del nuovo codice civile (cfr. art. 2222, con il rinvio ivi contenuto ai rapporti forniti di « una disciplina particolare nel libro IV »); e poiché la presente trattazione muove precisamente, sotto l'indicato profilo sistematico, da una prospettiva assai ampia, e quindi non di rado per molti aspetti trascurata, che tiene conto della ricca problematica della cooperazione dell'ausiliare nel rapporto giuridico, oserei dire che già nella possibilità stessa di ripensare la questione dell'agenzia volta a volta da nuovi angoli visuali è con-

tenuta una riprova della fecondità di questo tema apparentemente scabro;

sesto: nell'ambito della nuova sistematica del diritto dell'impresa l'attività dell'agente riveste, quanto meno per la dogmatica italiana, un ovvio interesse; trattasi di una di quelle « attività ausiliarie » (art. 2195, n. 5, cod. civ.) di cui non solo non esiste un'illustrazione esauriente, ma che continuano a suscitare in dottrina perplessità quanto all'immediatezza e intensità del rapporto che le deve collegare alle altre « imprese » (o più genericamente « attività » *commerciali*, o secondo taluni semplicemente *economiche*), affinché assuma rilievo quella nozione tecnica di *ausiliarietà* che sola può qualificare come giuridicamente commerciali appunto le attività ausiliarie in senso proprio. Lo studio della prestazione tipica dell'agente (che dovrà essere approfondita quanto alle caratteristiche di durata e di risultato) non può non apportare, anzitutto, qualche chiarificazione nell'analisi del tema dell'*ausiliarietà*: ma inoltre, considerando il singolare collegamento di quasi-dipendenza esistente tra gli agenti e l'impresa o le imprese principali, si comprende come il discorso debba allargarsi ad una valutazione della posizione attuale degli imprenditori-lavoratori (già lo HUECK parlava di *Arbeitnehmerähnliche Agenten*) e delle strumentazioni giuridiche alternative attraverso cui funzioni economiche sostanzialmente identiche vengono sottoposte a regolamentazioni affatto diverse, in funzione di svariati fattori, fra cui hanno sempre, per la verità, predominato gli usi tradizionalmente formati in ciascun mercato o settore commerciale, ovvero (a livello più cosciente) gli interessi fatti valere in posizione di maggior forza dall'una o dall'altra parte contraente; ma ai quali si è aggiunto recentemente il fenomeno di una tecnica legislativa assai più articolata e persino atomistica, onde numerose figure contrattuali sembrano differenziarsi tra loro più sulla base di varianti verbali delle formule legislative che non sulla base di effettive e coscienti esigenze degli operatori, e di converso altre figure

contrattuali elaborate dalla pratica non trovano una loro sistemazione nell'incasellamento classificatorio in cui si spezzettano codici e leggi; (si pensi appunto alla gamma di situazioni giuridiche in cui si articolano ormai i rapporti tra imprese principali e intermediari *lato sensu*, fra i quali si distinguono, non sempre nettamente: lavoratori subordinati, mediatori e procacciatori autonomi occasionali, agenti e agenti rappresentanti, commissionari, rivenditori c.d. concessionari; laddove spesso le situazioni economiche e le rispettive esigenze di tutela di queste diverse figure si prospettano — o vengono asserite — come strettamente analoghe: si fa il caso estremo del concessionario rivenditore di prodotti a prezzo regolamentato, con margini di utile fissi, non dissimili da una provvigione; sicché, mentre ci si trova da un lato nella necessità di attribuire alle discipline vigenti per le varie figure il significato più congruente con il settore di realtà contemplato dalla norma, dall'altro lato è altrettanto doveroso tentare di intravedere tutte quelle premesse di una migliore sistemazione che vada progressivamente adeguandosi alla realtà in movimento, e che lo stesso giurista positivo possa contribuire a delineare, estrapolando sia criticamente che costruttivamente gli sviluppi concettuali, valutativi e normativi contenuti *in nuce* nell'esperienza giuridica sin qui maturata).

* * *

Resta da osservare, incidentalmente, che anche quando si lamenta la carenza o la scarsità dell'elaborazione giurisprudenziale con riguardo a simili problemi in evoluzione, di cui lo studioso avverte l'insorgenza, ma per i quali non sembra possibile rinvenire pronunce *in terminis* da cui ricavare indicazioni e prospettive (quasi che nella pratica non ci si accorgesse dei mutamenti che pure di fatto incidono nel suo stesso seno), in realtà ciò che si verifica è un fenomeno di cui proprio recentemente il GORLA ha denunciato l'allarmante estensione, mettendo in rilievo che troppo spesso la decisione significativa e rilevante

si nasconde in una ricca casistica di specie che non traspare dalle massime stereotipate e talvolta neppure dal testo integrale delle sentenze, in cui il ragionamento è condotto su schemi tradizionali e utilizzando *nomina* e concetti giuridici scontati, mentre di fatto la soluzione costituisce un'esperienza giuridica nuova, che però non può fungere da precedente perché resta un fatto interno, noto alle parti e al giudicante, ma non trasferito nel contesto della decisione! Ho ritenuto di riprendere in questa sede tali considerazioni, di cui si potrebbe pensare che hanno carattere del tutto generico, perché invece si dà il caso che ad esse, in effetti, abbiano dato occasione proprio alcune sentenze caratterizzate da complesse ma tipiche situazioni di fatto in cui la formazione di un contratto di compravendita era subordinata all'identificazione degli elementi della proposta (sotto forma di offerta «*ad incertam personam*») e dell'accettazione, trasmessi per il tramite di una incertissima figura di *procacciatore d'affari*, indicato di volta in volta in atti con le designazioni più diverse (*); sicché mi sembra, anche per questo verso, che una ricerca intesa ad estrarre, anche dove meno appariscente, qualche più intenso significato dall'applicazione di poche e sbiadite norme di diritto positivo alla multiforme realtà dei traffici, sia forse per riuscire più fruttuosa di quanto non potrebbe far pensare l'attuale stato, e la configurazione stessa, della nozione di agenzia.

* * *

(*) Cfr. GORLA, *Offerta «ad incertam personam»* (Saggi per un nuovo tipo di nota a sentenza) (Nota alle sent. Cass. 15 gennaio 1965, n. 87 e 24 aprile 1964, n. 1001), in *Foro ital.*, 1965, I, 430, 433 ss.; v. anche i precedenti saggi dello stesso a. ivi citati.

Talvolta il fenomeno assume anche l'aspetto di «evoluzione inconscia» della giurisprudenza, sicché il progresso di certe soluzioni e di certe idee va ricercato al di là delle formule apparenti del giudicato, mediante un lavoro di lettura esplicitante, quale si ritrova, per fare un esempio notevole, riferito a una vasta problematica, in TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, specie a p. 81 ss., *passim*.

Tutto ciò premesso, è evidente che i vari motivi di interesse sin qui indicati rappresentano al tempo stesso una dichiarazione di intenzioni, quanto alla natura e al programma della trattazione, di cui viene in questa sede presentata la parte iniziale, sulla quale dovranno poi nel modo opportuno innestarsi le indagini concernenti l'istituto in tutti i suoi aspetti positivi e in tutte le implicazioni che risultano dal quadro che sono venuto tracciando.

Va ricordato, infine, che, diversamente da quanto può dirsi con riguardo alla ricca e ormai classica elaborazione dottrinale sul mandato commerciale e la commissione nel sistema del codice abrogato, quanto alle trattazioni sul contratto di agenzia attualmente esistenti (d'altronde non molto vaste, anche quando pregevoli) non era palesemente nel loro carattere né nei loro propositi di ricostruire l'istituto dell'agenzia, come qui viene fatto, da un lato volgendosi indietro, a commisurare il rilievo e il significato delle varie fasi di formazione concettuale della nozione, negli sviluppi legati alle diverse epoche e ai diversi ordinamenti; e dall'altro lato collocando la nostra sistematica attuale in una prospettiva che consenta di coglierne non solo le proiezioni ma anche i limiti sul piano funzionale, e così le necessarie indicazioni di tendenza e revisione.

A questa esigenza che, in vista dell'accennata lacuna, ben può definirsi preliminare, si propone intanto di corrispondere questo primo contributo, che ripercorre le vicende più o meno direttamente collegate alla storia ideale dell'agenzia, per delinearne come risultante il profilo attuale.

1.

I LIMITI DELLA NOZIONE DI AGENZIA E LA FIGURA DELL'AGENTE

SOMMARIO: 1. I problemi di definizione e di disciplina dell'istituto. — 2. Prime ipotesi di lavoro. — 3. Il contratto di agenzia e la figura dell'agente. — 4. Logica ed esperienza nell'identificazione del concetto di agente. — 5. La nozione di agenzia dell'art. 1742 cod. civ.

1. Del rapporto di agenzia si potrebbe ripetere ciò che il LEVY-ULLMANN osservava con riguardo al fenomeno (non coincidente nel nucleo centrale e comunque diverso nell'ampiezza, ma affine per molti aspetti nella problematica) dell'*agency* in diritto inglese: esservi in esso insieme una componente feudale, ed una commerciale ⁽¹⁾.

Naturalmente il puntuale riferimento storico alle origini dell'istituto in *common law* ⁽²⁾ assume nel nostro caso un diverso valore, peraltro non meramente descrittivo e simbolico rispetto ad alcune generiche caratteristiche dell'agenzia regolata dal codice civile, bensì anche incisivamente riassuntivo di certe

(1) LEVY-ULLMANN, *La contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques*, in BALOGH, ed., *Actorum Academiae Universalis Jurisprudentiae Comparativae*, I, Berolini-Londini-Parisiis, 1928, pp. 341 ss., a p. 342. L'osservazione citata nel testo è ormai classica, e tuttavia suscettibile, come si vedrà, di più specifiche applicazioni al nostro tema.

(2) La ricerca storica più approfondita sulle origini dell'*agency* nei secoli di formazione del diritto anglosassone resta certamente quella di WÜRDINGER, *Geschichte der Stellvertretung (Agency) in England. Ein Beitrag zur Entwicklung des englischen Privatrechts*, Marburg, 1933. Ma a più alto livello di ricostruzione critica v. il celebrato saggio di HOLMES, *The History of Agency*, in 4 *Harvard Law Rev.* (1891) 345, 5 *Harvard Law Rev.* (1891) 1, ora in *Collected Legal Papers*, New York, 1920 (rist. 1952), 49.

specifiche risultanze che emergeranno nel corso della presente ricerca. Ma certo già sin d'ora non stupirà che i rilievi sui connotati «servili» e «mercantili» dell'*agency* trovino un'ulteriore applicazione anche considerando lo svolgimento storico nei diritti continentali (da quello romano a quelli contemporanei) del fenomeno rappresentativo, institorio, gestorio, e in genere delle forme di ausiliarietà e cooperazione nella trattazione di affari.

Lo studio dell'agenzia commerciale nel nostro diritto è però reso singolarmente complicato da un complesso di circostanze per cui

a) da un lato al rapporto contrattuale *agenzia* fa riscontro la figura professionale dell'*agente*;

b) dall'altro lato il rapporto si scarnifica, risultando ad esso *prima facie* estraneo, o quanto meno inessenziale, l'istituto della rappresentanza, e inapplicabile quello del mandato.

Sono questi fattori, per così dire extra-tradizionali e che rompono con i moduli più sperimentati del ragionamento giuridico, a creare peculiari difficoltà di sistemazione ma anche un interesse nuovo, tipicamente moderno, alla ricostruzione dogmatica della fattispecie.

In sostanza, per il contratto di agenzia disciplinato dal codice civile si pongono un problema di definizione nell'ambito autonomo dell'esperienza giuridica ⁽³⁾, e un problema di applicabilità delle norme relative (e, per analogia, di eventuali altre norme) alle varie figure di agenti nel loro concreto operare.

(³) Sull'esigenza di tale autonomia intesa come necessaria preminenza delle costruzioni e delle valutazioni giuridiche, sia pure previa ricognizione tipologica della realtà a fronte di fatti in continua evoluzione, cfr. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, pp. 62-64; e, d'altra parte, sull'ampiezza e concretezza dell'esperienza giuridica, si vedano le pagine di ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*², Torino, s.d. ma 1961, pp. 359 ss., e le osservazioni di PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. scienze giur.* 4 (1950) 49 ss.

Queste note intendono apportare un contributo alla soluzione di tale duplice ordine di questioni.

2. In particolare, anticipando in parte le conclusioni su cui le singole soluzioni ovviamente si innestano, una constatazione di fondo che risulterà, mi auguro, dimostrata dall'indagine può essere sin d'ora così enunciata:

il contratto di agenzia, nella sua attuale formulazione, non è che una circoscritta manifestazione nel più ampio *genus* dei contratti di prestazione d'opera; come tale, se qualificato dalle richieste caratteristiche organizzative, appartiene a quella categoria dei contratti di impresa in cui sostanzialmente si risolve l'antiquata nomenclatura tuttora corrente per una serie di contratti che l'esistenza dell'impresa per l'appunto presuppongono; infine (e pur lasciando impregiudicata per il momento la questione dell'opportunità o meno di classificazioni ristrette e differenziabili tra loro solo in relazione a varianti di dettaglio) i rapporti tra agenzia e mandato, e anche quelli tra agenzia e rappresentanza, sono bensì gli stessi che intercorrono, nella sistemica attuale, tra ogni altro contratto di prestazione d'opera da una parte e il mandato o la rappresentanza dall'altra, ma sono tutti — aggiungo — rapporti che vanno inevitabilmente assestandosi su basi completamente diverse da quelle su cui i giuristi continentali erano e sono soliti operare (a ciò costretti, d'altronde, in funzione — occorre riconoscerlo — dell'esistenza stessa del mandato, ossia di una figura contrattuale che va considerata, come risulterà da quanto andrò dicendo, una sovrastruttura di dubbia utilità, residuo di un malinteso impianto sistematico romanistico) (^{3-bis}).

(^{3-bis}) Chi abbia presente il notevolissimo e originale contributo portato in questo particolare settore dalle prime indicazioni (e utilizzazioni comparatistiche) contenute nei lavori di BIGIARI da quindici anni a questa parte (cfr. *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954 [rist. 1957], pp. 153 ss.; *Difesa dell'«Imprenditore occulto»*, Padova, 1962, pp. 187 ss., 294 ss., *passim*), ha già probabilmente intravvisto il senso generale in cui si orientano le enunciazioni del testo; per i più precisi chiari-

3. Illustrerò dapprima tutti i termini e le angolazioni (che sono numerose) dell'istituto considerato.

Sotto un primo profilo, poiché funzione dell'agenzia è di agevolare una delle parti (che si avvale dell'ausilio dell'altra) ai fini della stipulazione di contratti nel quadro di una determinata attività sistematica, si tratta di un rapporto giuridico che facendo capo all'espletamento di attività economiche organizzate si colloca, come si è già rilevato per altro verso, nell'ambito del diritto delle imprese; anzi, pur lasciando per il momento impregiudicate le questioni che si pongono al riguardo, si può senz'altro aggiungere che nella sua concretezza si considera normalmente e tipicamente il rapporto di agenzia commerciale, come fenomeno che si inquadra nella disciplina e nella sistematica delle imprese commerciali ⁽⁴⁾.

Sotto un secondo profilo, il rapporto di agenzia è caratterizzato dalla stabilità; inoltre la prestazione tipica cui dà luogo, oltre ad essere qualificata dalla durata, si concreta in un lavoro professionale ⁽⁵⁾.

menti del caso non posso che rinviare alla trattazione successiva. Ma si veda intanto un quasi puntuale auspicio di ASQUINI in questo senso (*Del contratto di trasporto*, in Cod. di comm. comment., VI, 2^a, Torino, 1935, p. 51, nota 1, i.f.). Sosteneva allora l'A. che « la distinzione tra mandato e locazione delle opere, accolta dal nostro Codice, è una di quelle che hanno bisogno di essere maggiormente rivedute in una nuova sistemazione legislativa. Il mandato gratuito ha applicazioni pratiche sempre più trascurabili e il mandato oneroso non ha esigenze diverse da quelle che abbia la locazione di opere, di carattere intellettuale nel senso delle antiche opere liberali (attività dei direttori di aziende; degli agenti di commercio; attività scientifica e artistica, ecc.) » (*ibid.*). In realtà anche la « nuova sistemazione legislativa » non solo non ripudia, ma per qualche aspetto persino accentua, come si vedrà, l'astrattezza di derivazione pandettistica che caratterizza gli istituti in esame (v. anche *infra*, nota 19).

⁽⁴⁾ « Il codice pudicamente parla di agenti, senza dire agenti di commercio »: MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Milano, 1942, n. 645, p. 527 (nota 136).

⁽⁵⁾ Per l'essenzialità, a tutti gli effetti, della caratteristica di rapporto di durata, cfr. MOSSA, *Trattato*, I, cit., n. 660, p. 540.

Per il rilievo della professionalità nel soggetto ausiliario stabile v. FANELLI, voce « *Ausiliari dell'imprenditore* », in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, pp. 313 ss., 316.

Quest'ultimo rilievo, concernente la stabilità del rapporto fra le parti che caratterizza l'*agenzia*, importa che l'attenzione si indirizzi immediatamente verso la figura dell'*agente*, ossia verso la parte che non solo si obbliga alla prestazione tipica dedotta in rapporto, ma che dallo svolgimento di tale attività in modo permanente (nel senso di stabile e duraturo) resta qualificata professionalmente.

Contratto di agenzia da una parte ⁽⁶⁾, soggetto « agente » dall'altra, sono pertanto — o dovrebbero essere — come si diceva, i due aspetti, che collimano e che si corrispondono a vicenda, del fenomeno giuridico in esame ⁽⁷⁾. Senonché una conoscenza anche superficiale della sistematica legislativa induce a dubitare che questo contratto, e così l'istituto dell'*agenzia* commerciale che da esso deriva, sia configurato in modo sufficientemente ampio e rispondente a talune insopprimibili esigenze pratiche, e fa pensare piuttosto che la figura dell'*agente*, nei suoi termini concreti, si collochi tendenzialmente in una dimensione più vasta e comunque diversa rispetto a quella su cui si commisura l'*agente* in senso stretto (ossia definito nei termini di quella sistematica). Allora, una cosa viene ad essere l'*agente* come parte di un contratto di agenzia (allo stesso modo che il mutuante è parte di un contratto di mutuo, il depositario parte di un contratto di deposito, ecc.), altra cosa l'*agente* come figura professionale, che può modellarsi sulle norme degli

⁽⁶⁾ Il riferimento d'obbligo al contratto, in quanto tale disciplinato dal codice, va integrato con la considerazione che « quando si vogliono abbracciare tutti gli elementi e tutti gli effetti del rapporto, nelle varie fasi del suo svolgimento, dalla nascita all'estinzione, la parola contratto viene assunta, com'è uso del resto comunissimo, in senso traslato » (GRECO, *Il contratto di lavoro*, in Trattato Vassalli, Torino, 1939, pp. 1-2). « Ciò appare tanto più evidente nei rapporti cosiddetti di durata (o ad esecuzione continuata, a tratto successivo) » (GRECO, *ibid.*). Cfr. in genere su queste relazioni concettuali fra contratto e rapporto nell'ambito delle prestazioni di lavoro HUECK, in HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, I⁷, Berlin u. Frankfurt a.M., 1963, § 21, pp. 113 ss., e bibliografia ivi).

⁽⁷⁾ « L'esistenza dell'impresa commerciale dell'*agente* diviene il presupposto, e la conseguenza per l'altro capo, del rapporto di agenzia »: MOSSA, *Trattato*, I, cit., n. 658, p. 538.

accordi collettivi (non discostandosi allora da quelle del codice), ma può altresì assumere funzioni di ausiliario in senso lato del commercio, come mandatario propriamente inteso (nell'ambito, si capisce, delle norme vigenti), rappresentante, fiduciario, assistente tecnico del suo principale, secondo una gamma di situazioni che ovviamente esigono una loro accurata sistemazione.

Il contrasto fra i due angoli visuali, che non ha modo di porsi nell'ipotesi di rapporti a esecuzione istantanea e neppure in molte ipotesi di rapporti di durata inidonei a configurare un'attività professionale, non potrebbe non avvertirsi allora in modo stridente con riguardo al rapporto di agenzia, destinato per le sue caratteristiche sopra delineate e per tradizione — in una parola, per sua natura — a imprimere una qualifica professionale precisa (non scevra di conseguenze) sulla parte che assume l'incarico di cui è questione.

Occorre pertanto non solo fissare la disciplina positiva dell'agenzia, ma altresì considerare con attenzione tutta particolare le relazioni intercorrenti tra il contratto-rapporto di agenzia e la figura dell'agente in senso tecnico e in senso lato, nonché le figure affini (soprattutto nell'ambito della nozione di impresa ausiliaria); e ciò con riguardo *a)* allo sviluppo giuridico (storico-dogmatico) degli istituti considerati; *b)* alla sistematica legislativa vigente; *c)* all'incidenza delle leggi speciali e degli accordi collettivi; *d)* agli aspetti più significativi dei principali ordinamenti stranieri; *e)* infine alle esigenze e ai concreti atteggiamenti della pratica, in quanto variamente coordinati con il dato normativo nella sua portata attuale, ovvero in posizione di stimolo rispetto all'incessante evoluzione legislativa, contrattuale e giurisprudenziale.

4. Che cosa c'è alle origini dell'agenzia?

Conteniamo anzitutto nei limiti più ristretti ogni possibile spunto di ricerca terminologica. Non vi è dubbio che, storicamente e correntemente, l'uso della parola « agente » per in-

dicare colui che compie una certa attività implica di per sé un sottinteso rapporto di alienità, e quindi di strumentalità, della attività stessa. Di scarso rilievo sembra infatti quell'uso generico del termine agente che si riporta soltanto al suo immediato significato lessicale, di forma verbale⁽⁸⁾: è evidente che vale la pena di ricorrere, e di fatto si ricorre, ad un'utilizzazione semantica di valore sociale, e poi più propriamente giuridico, dell'espressione « agente » quando colui che agisce, appunto, lo fa per conto altrui, ossia esplica una attività che, in virtù di una certa situazione o rapporto giuridico, è destinata a ricadere in una sfera di attribuzione diversa da quella dell'agente stesso⁽⁹⁾. Un ulteriore, e più rilevante, livello di utilità pratica di tale designazione si raggiunge d'altronde quando l'agente, nello svolgimento del proprio compito a favore del preponente, entra di fatto, o comunque può entrare virtualmente, in contatto con terzi. Solo quando il rapporto è completo di questi

(8) Non a caso, infatti, tale uso si ritrova prevalentemente, se non esclusivamente, nella descrizione immediata di fatti fisici, o di azioni compiute da soggetti che siano oggetto di osservazione sperimentale, soprattutto nel settore delle scienze applicate. Nel campo giuridico, è solo nell'ambito del diritto penale che, riproducendosi tale uso circoscritto, con il termine agente viene talvolta indicato l'autore o soggetto attivo del reato, preferendosi tuttavia di gran lunga quest'ultima espressione (per tutti *apud* ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, I⁴, Milano 1960, n. 190, p. 427).

Per spunti e notizie sull'inevitabile proliferazione delle accezioni del termine « agente » in settori talvolta limitrofi, talvolta lontanissimi da quello da noi considerato cfr. LUCIFREDI-AMENDOLA, voce « *Agente. Premessa generale e rinvii* », in *Encicl. del dir.*, I, Milano, 1958, 839 ss.; RENATO, voce « *Agenzie di affari* », *ivi*, 884 ss. Diversi significati hanno anche la qualifica di agente dei dipendenti delle gestioni di esattoria delle imposte di consumo (LUCIANI, *La previdenza sociale per gli impiegati ed agenti delle gestioni appaltate delle imposte di consumo*, in *Riv. dir. lav.* 1961, I, 356) e dei dipendenti di aziende agricole, i cui contratti collettivi distinguono fra fattori, fattori spiccioli, agenti, subagenti (cfr. Cass. 19 ottobre 1959, n. 2974, in *Riv. dir. agr.* 1959, II, 395; Cass. 5 aprile 1963, n. 862, in *Riv. dir. lav.*, 1964, II, 36, 53).

(9) Uso di proposito, a questo stadio, formulazioni non impegnative quanto alla deviazione dei risultati dell'attività del soggetto agente nella sfera del titolare dei relativi effetti (terminologia conforme in STARACE, *La rappresentanza nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1962) per non anticipare la discussione che su questa problematica sarà sviluppata a suo tempo.

tre punti di riferimento (colui che commette l'incarico, colui che lo esegue, colui con il quale di conseguenza viene stabilita una relazione) la figura dell'agente assume significato e rilevanza ⁽¹⁰⁾.

È difficile stabilire in quale misura questi rilievi, che certo non suonano del tutto nuovi alla coscienza comune, sono il portato di una semplice razionalizzazione dell'esperienza quotidiana, e in quale misura non rappresentino piuttosto il rispecchiamento, ormai familiare anche all'osservatore comune, di una serie di elaborazioni concettuali più propriamente giuridiche; in un ordinamento fondamentalmente empirico quale quello anglosassone i due aspetti non tanto sembrano contrapporsi, quanto fondersi in un unico discorso descrittivo già da qualche scrittore felicemente intrapreso ⁽¹¹⁾; ma anche la nostra scienza giuridica talvolta non disdegna siffatti strumenti di analisi, o almeno di avvio all'analisi, e basti pensare che sostanzialmente sulla scorta di dati di esperienza « storica » suffragata da una « logica » altrettanto effettuale si sono impostate e precisate le definizioni del concetto giuridico di lavoro come *faciendi necessitas* o « *facere per conto altrui* » ⁽¹²⁾, e persino

⁽¹⁰⁾ Di relazione « trilaterale » parla ABBOT, *The Nature of Agency*, in 9 *Harv. Law Rev.* (1896) 507, 512. Analogamente EVANS, J., in HALSBURY'S *Laws of England*, I, London, 1907, v. Agency, n. 327, p. 147: « *An agent is employed for the purpose of placing the principal in contractual or other relations with a third party, and it is therefore essential to the relation of agency that a third party should be in existence or contemplation* ». Formula analoga si ritrova nelle edizioni successive (SWIFT, 2ª ed., 1931, Agency, n. 345, p. 195; SUTTON, 3ª ed., 1952, Agency, n. 351, p. 146). Al lettore non sfuggirà con l'occasione l'importanza del riferimento (ancor oggi validissimo nonostante un'isolata impostazione più « continentale »: STOLJAR, *The Law of Agency. Its History and Present Principles*, London, 1961, pp. 2-5) all'ipotesi di relazioni non contrattuali, su cui ampiamente *infra*.

⁽¹¹⁾ Si vedano le belle pagine di apertura della trattazione di STOLJAR, *Op. cit.*, pp. 1-3; analogamente MECHEM F., *Outlines of the law of agency*⁴ (MECHEM F.), Chicago, 1952, p. 1.

⁽¹²⁾ Soprattutto BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I², Milano, 1915, pp. XXI, 54 ss. (« Nella storia economica, come la permuta dovette essere un fatto posteriore all'accaparramento personale di beni per i propri scopi edonistici, così anche il lavoro per utilità primaria altrui dovette essere un fatto successivo, non primevo... Ma il lavoro per altri dovette affacciarsi subito,

le tormentate distinzioni, squisitamente tecniche, tra lavoro e mandato, il quale ultimo sarebbe caratterizzato, appunto, dal compimento di una attività peculiare in quanto destinata a incidere nella sfera giuridica del mandante ⁽¹³⁾.

Fanno, come si vede, insistente apparizione, in via di introduzione al nostro argomento, temi imponenti e appena accennati ma sui quali dovremo tornare, e ancora una volta, d'altronde, la nozione di agente, quale si è concretata nella formulazione del nostro codice, appare slegata precisamente rispetto all'evoluzione di una serie di più ampi concetti giuridici ai quali (se ciascun concetto non fosse ormai protetto come un feticcio da « contaminazioni ») avrebbe utilmente potuto riallacciarsi, in una visione generale della disciplina delle attività economiche, che certo rappresentò la fallita ambizione del legislatore.

Naturalmente è in qualche misura inevitabile che nelle norme giuridiche positive le parole vengano ad assumere un significato ristretto, condizionato al tenore della norma, e che quindi, per quanto ci concerne, l'uso del termine « agente » si legittimi ormai solo in presenza di una serie di caratteristiche qualificanti, che non solo attengono al tipo specifico di incarico e alle modalità del suo svolgimento, ma sulle quali ha nel tempo variamente inciso la natura « giuridica » o « materiale » dell'attività espletata, come riflesso della natura della preposizione e dei poteri con essa attribuiti (o anche — ma in

quando l'individuo non si sentì abile alla elaborazione necessaria a trasformare la materia prima, o prima ancora, a ottenere questa materia. Naturalmente non diciamo con ciò che l'individuo si sia assicurato questo lavoro altrui nella forma giuridica di un contratto: la coazione fu data dalla famiglia, dalla schiavitù »: *loc. ult. cit.*, nota 2); *Id.*, *Il diritto del lavoro*, I, Milano, 1949, p. 2; cfr. anche CARNELUTTI, *Il diritto di privativa nel contratto di lavoro*, in *Riv. dir. commerc.*, 1910, II, 435; CASANOVA, *Studi sul diritto del lavoro*, Pisa, 1929, p. 71; MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1952, rist. 1957, p. 4.

⁽¹³⁾ Sia sufficiente il rinvio a GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 13-15, ed alle osservazioni ancora attuali di ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, cit., pp. 49-67; precisazioni ulteriori in MINERVINI, *Op. cit.*, p. 6.

altri ordinamenti — come riflesso dei caratteri intrinseci del rapporto nel suo concreto atteggiarsi a fronte dei terzi).

Tuttavia è precisamente la frattura rappresentata dalla nuova formulazione contenuta negli artt. 1742 ss. cod. civ. a imporre una ricerca che non si esaurisca nell'illustrazione di quelle che sono le regole, ma si sforzi anche di spiegare perché esse sono quelle che sono (con il duplice impegno di indicare, per così dire, causa efficiente e causa finale).

5. Per l'art. 1742 cod. civ., con il contratto di agenzia «una parte assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata».

Secondo quanto abbiamo notato, questa norma, e con essa la disciplina di tutto l'istituto, introdotto per la prima volta nel codice civile del 1942 sulla scorta di una normativa corporativa in vigore da pochi anni, si pongono — almeno per il momento — come il punto di arrivo di un'evoluzione che evidentemente non segue un filone univoco, attraverso uno sviluppo che, se è superfluo ripercorrere pedissequamente, è invece opportuno fissare nei momenti salienti, rilevando altresì le implicazioni concettuali fra gli aspetti fondamentali del nostro sistema e quelli che caratterizzano lo sviluppo di altri sistemi giuridici.

Ovviamente la definizione dell'art. 1742 non è tale, anzi-tutto, da ricondurre nel proprio ambito la disciplina dell'attività (o di tutta l'attività) degli agenti marittimi, degli agenti pubblicitari, degli agenti teatrali, degli agenti di affari, degli agenti di cambio, degli agenti di brevetti, degli agenti di viaggio e turistici ecc.; sicché resta esclusa in molte ipotesi la rilevanza giuridica di quella che appare essere, di conseguenza, una pura coincidenza terminologica del linguaggio della pratica; risultato (questo dell'identificazione di un contratto speciale nominato entro confini assai ristretti) in sé ineccepibile, se ad

esso non si contrapponesse il disinteresse più completo di tutto il nostro sistema legislativo per molte delle figure di ausiliari ora ricordate, che certo presentano qualche affinità anche al di là del fatto terminologico, e che non si vede perché la legge (e il rilievo vale anche per la dottrina) non prenda in considerazione, così come, di converso, ha ritenuto opportuno fare, isolatamente, per l'agente in senso stretto: ignorando d'altronde, al tempo stesso, anche l'alternativa di inquadrare invece tutte queste figure nell'ambito di una nozione più comprensiva, il che avrebbe consentito un sia pur diverso equilibrio, a fronte dell'attuale sbilancio sistematico. Né la legge sembra darsi carico, nell'ambito stesso del rapporto di agenzia in senso proprio, di una regolamentazione di funzioni accessorie bensì, ma sempre più tipiche⁽¹⁴⁾, quali il deposito delle merci⁽¹⁵⁾, la assistenza tecnica, e la stessa rappresentanza generale (ad es.

(14) Singolarmente invece le operazioni accessorie non sono trascurate, quanto meno ai fini di una definizione se non di una regolamentazione, dall'articolo 1737 cod. civ., che fissa la nozione di contratto di spedizione. La cosa si spiega in ragione della complessa e travagliata tradizione da cui deriva l'attuale « spedizione », anch'essa una novità del cod. civ. 1942, che esplicita le precedenti distinzioni dottrinali tra spedizioniere, mediatore in affari di trasporto, agente di trasporti, vettore, imprenditore di trasporti (già confuso con lo spedizioniere quando era d'uso la denominazione di commissionario di trasporti: ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, cit., pp. 49-56; Russo, in *Comment. cod. civ. D'Amelio-Finzi, Libro delle obbligazioni*, II, 1, Firenze, 1947, pp. 516 ss.). Precisamente la stretta connessione, mai del tutto venuta meno, tra le varie operazioni di trasporto o necessarie al trasporto, e il semplice incarico di stipulare un contratto in nome proprio per conto altrui, ha contribuito a portare in primo piano il rilievo che in questo specialissimo tipo di commissione, ossia di mandato senza rappresentanza, hanno le c.d. operazioni accessorie (ancora: ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, Padova, 1915, pp. 52 ss.; DE SEMO, *Lo spedizioniere*, Roma, 1926, pp. 121 ss., 366), così che muovendo da questo punto di partenza si è poi ritenuto di sostenere l'applicabilità dei medesimi criteri riguardanti tali operazioni al mandato stesso: MINERVINI, *Op. cit.*, p. 42.

(15) Secondo FORMIGGINI, *Il contratto di agenzia*², in *Trattato Vassalli*, Torino, 1958, p. 17, nota 10, « l'inserzione in un precedente rapporto di agenzia di un incarico complementare di deposito per le stesse merci che costituiscono oggetto dell'attività dell'agente, non dà origine... a un distinto contratto di deposito, non essendo l'obbligazione di custodia diretta a soddisfare un interesse contrattuale specifico e primario ». E, salvo errore, questo accenno esaurisce una volta per tutte l'argomento.

di preponente estero, per tutto il territorio nazionale) nei cui confronti — a parte qualche norma scheletrica (cfr. art. 1752 limitatamente al conferimento di poteri di rappresentanza per la stipulazione di contratti) — tutto il capo X (Del contratto di agenzia) non offre adeguata disciplina.

Ma in realtà questi rilievi, non che limitarsi ad una semplice constatazione di lacune legislative, investono la stessa impostazione di talune nostre categorie giuridiche (che presiedono all'evoluzione della scienza e della legislazione), e prospettano così il problema storico della « riduzione » dell'agenzia all'attuale punto di approdo. Basta appunto chiedersi perché da un lato, in un paese sufficientemente progredito come il nostro (ma ciò è vero anche in altri diritti continentali), sia specificamente disciplinato il rapporto di agenzia commerciale in senso proprio (contemplandosi essenzialmente l'agente persona fisica; arg. ex art. 1751), mentre nessuna norma contempla l'agenzia di viaggi ⁽¹⁶⁾ o l'agenzia pubblicitaria ⁽¹⁷⁾, e perché d'altro lato non si sia sviluppata alternativamente — in luogo di una serie di classificazioni ristrette — una categoria giuridica comprensiva (ovvero « ad ombrello »), per afferrare l'importanza e l'urgenza di questo tipico problema di ingegneria giuridica ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Per qualche interessante riflesso dell'attività degli agenti dei vettori si veda ad es. da ultimo un'ipotesi accennata da FERRARINI, *Il « charter » per trasporto di persone*, in *Riv. dir. commerc.*, 1965, I, 1, a p. 7, nota 23. Occorrerà peraltro approfondire precisamente i rapporti tra la nozione di agente del vettore e la nozione corrente di agente di viaggi e turismo.

⁽¹⁷⁾ E a proposito del nuovo rilievo assunto dalle più diverse categorie di imprenditori, sarà considerata più avanti anche la singolare figura del c.d. concessionario. Questo intermediario rivenditore è già disciplinato da alcune legislazioni straniere che saranno esaminate a suo luogo. Non ne esiste invece una regolamentazione specifica nel nostro ordinamento, ed anche nella nostra letteratura giuridica non se ne prende in considerazione l'attività, a quanto mi consta, se non sotto il profilo contrattuale della vendita con esclusiva, su cui cfr. intanto gli scritti di FERRI, FRANCESCHELLI e DE MARTINI, cit. *infra*, alla nota 114.

⁽¹⁸⁾ Per usare, con la locuzione cara all'ASCARELLI, un'espressione riassuntiva dell'indirizzo volto a collegare la formazione e l'interpretazione della normativa alla preliminare analisi giuridica della tipologia della realtà.

Il quale, ripeto, è in ultima analisi originato non tanto da circostanze contingenti, quanto da una situazione di fondo dovuta all'elaborazione pandettistica ⁽¹⁹⁾ di categorie dogmatiche tralatizie (perché trasportate meccanicamente dall'uno all'altro contesto storico) che costringono la collocazione degli istituti entro schemi sempre più rigidi.

Così, come vedremo nel presente lavoro, si è prodotta la transizione dal mandato commerciale al contratto di agenzia, in funzione del progressivo setacciamento del primo, più ampio concetto.

(19) Cfr. BIGIAMI, *Diritto romano e legislatore italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 14, con considerazioni sulle quali avremo modo di ritornare, relative per l'appunto alla rappresentanza indiretta: il che è tanto più significativo in quanto diversi anni prima lo stesso autore escludeva che nel concetto di rappresentanza potesse includersi anche l'agire in nome proprio, definendo anzi questa tesi tale da capovolgere « una delle nostre più sicure nozioni » (BIGIAMI, *La delegazione*, Padova, 1940, p. 232, pur con le limitazioni implicite nel contesto). Più in generale sulla « sistematica » pandettistica v. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico ecc.*, cit., pp. 227 ss., 550 ss.

II.

STORIA E TEORIA: I PRECEDENTI

SOMMARIO: 6. I precedenti dell'attuale contratto di agenzia nella sua storia « interna » ed « esterna »: indicazione delle linee di ricerca. — 7. Commissione e mandato commerciale nella matrice della codificazione francese. — 8. Una nuova figura di intermediario: l'agente di commercio. La sua prima formulazione legislativa nello *HGB*. — 9. Diversità delle premesse concettuali e affinità della disciplina nelle legislazioni attuali.

6. Sia la storia del « mandato commerciale » in quanto tale sia, a maggior ragione, quella dell'agenzia sono da considerarsi recenti: salvo riproporre, con l'utilità di cui si discorrerà subito, quella distinzione tra storia interna e storia esterna che, dopo un periodo di offuscamento ⁽²⁰⁾, sembra aver ritrovato, attraverso la critica moderna ⁽²¹⁾, una funzione dialettica, nel duplice senso di impedire, con il richiamo dei due momenti, ogni inavvertita trascuranza dei vari fattori logici e ideologici, oltre che storici e storiografici — trascuranza che riprodurrebbe in sostanza la ripudiata contrapposizione tra giuridico (storia interna) e extra-giuridico (storia esterna) ⁽²²⁾ — e di rendere invece consapevoli della necessità di una ricostru-

⁽²⁰⁾ PARADISI, *Gli studi di storia del diritto italiano nell'ultimo cinquantennio* (1895-1945), in *Studi senesi*, LX, 2 (1946-47), 710, a pp. 717-719.

⁽²¹⁾ Si veda soprattutto RAGGI, *Storia esterna e storia interna del diritto nella letteratura romanistica*, in *BIDR*, LXIII (1959), 199; *Id.*, *Materialismo storico e storia del diritto romano*, in *RISG* 8 (1955-1956) 557, a pp. 584-589; ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 92, nota 23; ORESTANO, *Diritto romano, tradizione romanistica e studio storico del diritto*, in *RISG* 4 (1950), 156, specie a pp. 223 ss.

⁽²²⁾ PARADISI, *Op. loc. ult. cit.*

zione unitaria, assorbente di quei fattori, dell'esperienza giuridica concretatasi nei singoli istituti ⁽²³⁾.

Su questa linea è possibile risalire anche per tempi non recenti sia a forme giuridiche che a concetti dogmatici che:

a) riproducono, nei limiti in cui il riscontro è ipotizzabile con riferimento ad epoche e a situazioni storico-economiche diverse, istituti affini o genericamente assimilabili per funzione se non per struttura all'attuale agenzia e rapporti limitrofi;

b) ovvero, alternativamente, chiariscono per altro verso taluni aspetti dell'istituto, proprio perché si pongono dogmaticamente come elementi di condizionamento indiretto rispetto alla costruzione dello strumento giuridico « contratto di agenzia » così come questo è oggi configurato ⁽²⁴⁾, nel senso di consentirne una certa articolazione e impedirne un'altra in funzione di nozioni più generali (mandato, ecc.) correntemente ricevute, ancorché formatesi, come si è detto, su tutt'altro sostrato sistematico (in genere romano, nella mediazione pandettistica) ⁽²⁵⁾.

Vedremo allora come all'attuale strutturazione dell'agenzia abbiano geneticamente presieduto le mai sopite incertezze di sistemazione dei vari tipi di rapporto di lavoro e le diverse incarnazioni del concetto di negozio gestorio (rappresentativo e non).

Vedremo anche come sul piano degli interessi concreti, tradottisi in strumentazione giuridica, il rapporto di agenzia venga a presentarsi caratteristicamente come il portato di una

⁽²³⁾ Su quest'ultima precisazione ancora RAGGI, *Storia esterna e storia interna ecc.*, cit., a p. 219, con esplicito richiamo alla formulazione di JHERING: « *die Rechtsinstitute haben eine Geschichte, nicht aber das Recht als Ganzes* » (*Geist des Römischen Rechts*, 17⁻⁸, Leipzig, 1924, p. 63).

⁽²⁴⁾ Sulla ricostruzione « causale » della norma in funzione di fattori determinanti, condizionati a loro volta dalla storia dogmatica e sociale, si veda MÜLLER-ERZBACH, *Die Rechtswissenschaft im Umbau. Ihr Vordringen zu den bestimmenden Elementen des Zusammenleben*, München, 1950, specie a p. 51.

⁽²⁵⁾ A proposito dell'utilità di questa consapevolezza, sia per un migliore impiego di quei concetti, sia per una fissazione di limiti, sia per un eventuale superelemento, cfr. il già cit. ORESTANO, *Introduzione ecc.*, cit., p. 394.

progressiva compressione dell'autonomia funzionale dell'agente da una parte, cui fa riscontro d'altra parte una formula concepita in modo da escludere però l'agenzia dall'ambito del lavoro subordinato e della relativa legislazione protettiva ⁽²⁶⁾ ⁽²⁷⁾.

7. Non vi è dubbio che dell'agente, considerato nel suo momento tipico (o meglio, oggi ritenuto tipico) di procacciatore di affari, si comincia a parlare solo nel secolo scorso, e neppure sulla traccia di esili precedenti è comunque possibile risalire oltre l'ultimo scorcio del XVIII secolo ⁽²⁸⁾.

Entro questi limiti rigorosi, l'indagine sarebbe presto conclusa; ma le varianti e i possibili collegamenti a situazioni affini anche in altre epoche sono, come ho avvertito, illuminanti.

⁽²⁶⁾ Se la tendenza verso un simile risultato è coerente con gli interessi e la politica delle imprese preponenti, dal suo canto la « categoria » degli agenti, prigioniera consenziente della formula, opera non già nel senso di restituire l'agente all'uno o all'altro dei suoi inquadramenti naturali, ma piuttosto in direzione dell'ottenimento di provvidenze settoriali, sul piano retributivo e previdenziale. L'ibrida cornice giuridica, entro la quale tale movimento si sviluppa, viene adattandosi elasticamente di volta in volta ai nuovi contenuti economico-normativi del rapporto, con il risultato (forse involontario e inavvertito, ma non perciò meno reale) di creare anche in questo settore un nuovo gruppo intermedio di imprenditori-lavoratori, anch'esso riprodotto in miniatura quel processo di stratificazione delle classi, delle categorie, dei raggruppamenti sociali e locali organizzati più o meno corporativamente, e delle istituzioni, già individuato e descritto (peraltro con accentuazioni positive, nel quadro di una visione generale interclassista) nel noto lavoro di RESCIGNO, *Le società intermedie*, in *Iustitia*, 1957, 335, specie a pp. 339 ss.

⁽²⁷⁾ Carattere ancora più accentuatamente corporativo ha assunto la disciplina professionale delle diverse categorie di agenti (che saranno considerate più avanti) in Francia. Per una acuta e vivace valutazione di questo sviluppo cfr. SAVATIER, *Droit des affaires*, Paris, 1962, nn. 482 ss., pp. 271 ss.

⁽²⁸⁾ La storia economica non offre una precisa documentazione al riguardo. Ricerche recenti e tuttora in corso, di cui ho avuto cortese notizia, indicherebbero bensì, sul piano locale, la comparsa dell'agente-procacciatore verso il finire del '700 sulle piazze di Milano e di Genova, ma non si va al di là di congetture aventi riferimento, per di più, non già ad agenti di commercio veri e propri, bensì a raccoglitori di prestiti in denaro per conto di banchieri. Per epoche precedenti non si possono formulare che ipotesi a titolo di curiosità, riguardanti, ad es., la vendita di merci dei depositi generali dello Stato a Siviglia tramite appositi incaricati procacciatori; oppure la trasformazione di sensali in agenti, per la costante collaborazione con qualche preponente; ecc. Ma siamo già nel campo della « commistione » di funzioni, di cui dovremo a più riprese tener conto.

Sul piano legislativo, nel periodo dominato dalle codificazioni napoleoniche la nozione è ancora sconosciuta, e il fenomeno pratico viene piuttosto profilato dai commentatori come una estensione del commercio di commissione: la lunga tradizione di quest'ultimo ⁽²⁹⁾ giustifica il richiamo, e d'altronde si tratta di un avvicinamento generico, nel senso che sarà subito chiarito.

Il *code de commerce* del 1807, agli artt. 71-90 ⁽³⁰⁾, tratta in un unico titolo degli *agents de change* e degli altri *courtiers* (sostanzialmente: mediatori in merci, in assicurazioni, in affari di noleggio e trasporto per terra e per acqua); nel titolo successivo considera i commissionari, disciplinando come è noto non solo il commissionario in genere ⁽³¹⁾, ma in partico-

⁽²⁹⁾ Si veda la classica opera di DELAMARRE-LE POITVIN, *Traité du contrat de commission*, Paris, 1840.

⁽³⁰⁾ Adotto in questo luogo la numerazione originaria degli articoli, che ha talvolta in seguito subito modifiche per effetto delle varie leggi di riforma.

⁽³¹⁾ Occorre tenere presente che, in effetti, tale disciplina era stata dettata in funzione del privilegio riconosciuto al commissionario, per le anticipazioni e spese da lui fatte, sul valore delle merci speditegli in deposito, o già rimesse alla controparte per conto del committente (artt. 93, 94); ed anzi si veniva poi a sottolineare indirettamente la particolare natura economica del commercio di commissione come attività ausiliaria per preponenti lontani escludendo al successivo articolo 95 il particolare privilegio del commissionario — ossia, in buona sostanza, denegando la qualità stessa di commissionario — quando non vi fosse *distantia loci*, e la sede di attività del committente coincidesse con quella del consegnatario. In tal caso la costituzione del privilegio era possibile solo uniformandosi alle regole della normale anticipazione su pegno di cui al libro III, tit. XVII *code Nap.* Queste norme furono modificate solo successivamente (cfr. l'attuale art. 95 *code de comm.*), non senza collegare tale riforma alla regolamentazione, concepita *ex novo* nel 1863, del pegno commerciale, che è appunto disciplinato nello stesso titolo del commissionario. Per precedenti e notizie sullo sviluppo qui delineato cfr. *Ordonn. comm.*, 1673, in BORNIER, *Conférences des ordonnances de Louis XIV*, II, Paris, 1719, pp. 627 ss.; BEDARRIDE, *Des commissionnaires*², Paris-Aix, 1882, pp. 219 ss.; PALLARD, *Les obligations du commettant et les garanties du commissionnaire*, in HAMEL, *Le contrat de commission*, Paris, 1949, pp. 126, 131, ss.; FOYER, *Le principe du gage avec dépossession. La loi de 1863 et ses précédents*, in HAMEL, *Le gage commercial*, Paris, 1953, pp. 15 ss. Quanto sopra accennato sul collegamento tra la configurazione del commissionario e i privilegi accordatigli è tanto vero che questa finalità appare come l'unico motivo dell'introduzione del relativo titolo (d'altronde ricalcato su quello francese) nel codice di commercio 1865 (cfr. il passo concernente la materia nella *Relaz. al Re*).

Queste vicende danno ragione, sotto un ulteriore profilo, dell'accostamento tra-

lare il commissionario di trasporto ed insieme a questi persino il vetturale o vettore, con una confusione sistematica tra spedizione e trasporto tuttora presente nel codice, e che si era pro-

dizionale tra commissionari, commissionari di trasporto, e vettori (in quanto tutti consegnatari della merce), e trovano un'eco in tutte le legislazioni moderne, non senza che talvolta, fra le varie questioni discusse al riguardo, non si ponesse anche il problema dei rapporti tra privilegio e ritenzione: problema al quale sono offerte soluzioni diverse sia in sede legislativa che in dottrina, talché in questo ambito occorre limitarsi a richiamare il § 371 *HGB* che abbina la protezione dei due istituti, nonché: RIBERT-BOULANGER, *Traité de droit civil* (PLANIOL), III, Paris, 1958, pp. 11 ss. (sulla ritenzione implicita nel diritto di pegno, ma la non inerenza di una prelazione al diritto di ritenzione per sé considerato); nella nostra letteratura cfr. in generale sull'argomento (oltre alla trattazione dello SRAFFA, su cui dovremo soffermarci in seguito) MONTESSORI, *Il diritto di ritenzione nella materia commerciale*, Milano, s.d. ma 1909; ROCCO, *Principi di dir. commerc. Parte generale*, Torino, 1928 (in una breve ma limpida trattazione); SEMIANI BIGNARDI, *La ritenzione nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, Padova, 1960 (limitatamente agli aspetti enunciati nel titolo dell'op.); GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, Milano, 1935, pp. 161 ss.; Id., *Pegno. Ipoteca*, in Comment. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1945, p. 256 (questo a. si oppone all'opinione tradizionale circa la presenza di un implicito diritto di ritenzione in senso proprio nel pegno).

La connessione tra il tema del commercio di commissione e quello delle garanzie che lo assistono potrebbe suggerire, sia in sede storica che sistematica, spunti assai vasti e interessanti, che non è qui possibile svolgere, se non sottolineando il rilievo, comune a diversi ordinamenti, della figura che è matrice del commissionario-depositario, vale a dire quella del *factor* (ove fra l'altro si ritrovano le origini dell'*undisclosed agency*: STOLJAR, *Op. cit.*, pp. 116 ss., 204 ss., 242-243; il privilegio è stabilito sin dal 1755: *Kruger v. Wilcox*, Amb. 252) cui si riallaccia anche nella terminologia francese il *facteur*, come si designava il commissionario nelle colonie, e ancora recentemente l'operatore al mercato delle Halles in Parigi (JAMBU-MERLIN, *Le droit comparé de la commission*, in HAMEL, *Le contrat de commission*, cit., p. 311; in origine il *facteur* non era che l'istitutore di un mercante: né l'uno né l'altro tuttavia potevano operare sulle piazze ove esistevano venditori-commissionari privilegiati, nel senso di monopolisti; questi ultimi quindi hanno finito per assumere quella denominazione: cfr. anche DELAMARRE-LE POITVIN, *Op. cit.*, p. IX). Né mancherebbero collegamenti con l'espressione italiana che si riferisce al *fattore* di campagna, almeno stando ad una congettura formulata dal PLUCKNETT, *The Medieval Bailiff*, London, 1954, p. 30, che nel *bailiff* (ossia appunto nel *fattore* di campagna) ravvisa per molti aspetti il modo di operare del commissionario; e d'altronde il termine « *fattore* » (*factor*, *facteur*, ecc.) già nelle prime epoche del commercio a distanza indica ogni tipo di preposto del mercante a una sede di qualche importanza, indipendentemente dal rapporto che li lega. Su questo aspetto più generale dovremo tornare in seguito. Questi richiami, infine, dovranno essere tenuti presenti al momento di trattare dell'eventuale esistenza di privilegi e ritenzione a favore dell'agente, su cui intanto v. FORMICGINI, *Il contratto di agenzia*, cit., pp. 74-75, 132 ss.

tratta per decenni nella dottrina, non senza risultati fecondi in termini di discussioni suscitate e di chiarificazioni concettuali attinte in ultima analisi⁽³²⁾. Ancora, nel *code de commerce*, all'art. 632, si elencano tra gli atti di commercio « *toute entreprise... d'agence, bureaux d'affaires* »: locuzione unanimemente considerata vaga, e che essendosi nell'evoluzione interpretativa concretata soprattutto nell'idea di amministrazione di beni altrui, gestione di affari, incarico fiduciario⁽³³⁾, è venuta anch'essa a confluire in quella nozione di « commissione » che nell'ordinamento commercialistico francese finisce così per assumere valore riassuntivo di una serie di rapporti gestorii⁽³⁴⁾, ai quali si ricollega infine anche la figura dell'*agent de change*, della cui natura di commissionario (in contrapposizione agli altri *courtiers* = mediatori) non si dubita⁽³⁵⁾.

(32) BEDARRIDE, *Des commissionaires*, cit., p. 319 ss.; DELVINCOURT, *Istituzioni di diritto commerciale*, (trad. ital.)², I, Napoli, 1828, pp. 138 ss.; MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit etc.*, I, Paris, 1810, v. « *Commissionnaire* », a p. 599; BAILLY, *La commission de transport*, in HAMEL, *Op. ult. cit.*, pp. 235 ss. Per gli sviluppi dello stesso tema nel sistema e nella letteratura italiani v. *supra*, alla nota 14.

(33) PARDESSUS, *Cours de droit commercial*², I, Bruxelles 1842, p. 25; DELAMARRE-LE POITVIN, *Op. cit.*, p. 32; e le più recenti estensioni della figura e decisioni giurisprudenziali in HAMEL-LAGARDE, *Traité de droit commercial*, I, Paris, 1954, n. 167, p. 195. Diversa la nozione in diritto tedesco, ma di ciò più avanti; e v. già le osservazioni di BIGIAVI, *Sul concetto di agente di commercio*, in *Studi Urbinati V* (1931) 36 ss.

(34) Con l'eccezione, tuttavia, proprio della *negotiorum gestio* in senso tecnico (art. 1372 *code civil*), attesa la mancanza di preposizione all'affare da parte del *dominus*: PARDESSUS, *Op. cit.*, pp. 343-345.

(35) Ancora legati allo schema tradizionale, per la verità, DELAMARRE-LE POITVIN, *Op. cit.*, p. 23; ma si veda ora per tutti: RIPERT, *Traité élément. de droit commercial*, I⁴, Paris 1959, n. 1658, p. 774; Cass. civ. 14 giugno 1892, in *Dalloz*, 1893, I, 500.

La questione della natura giuridica dell'agente di cambio è sempre attuale nella nostra letteratura, in cui la tendenza, forse prevalente, ad attribuirgli la qualifica di mediatore ha origini tratlative dovute ad una sommaria delibazione della storia dell'istituto, come a mio avviso ha definitivamente dimostrato il CASANOVA, voce « *Agente di cambio* », in *Encicl. del dir.*, I, Milano, 1958, 843 ss., individuando nettamente nella commissione la struttura dei negozi che tipicamente caratterizzano l'attività dell'agente di cambio.

Questa sistemazione d'altronde non appare del tutto illogica se si considera che sia gli artt. 71-108, sia l'art. 632, non hanno per oggetto la definizione e regolamentazione di figure contrattuali, bensì di figure professionali di commercianti (articoli 71-108: agenti di cambio, mediatori, commissionari, spedizionieri, vettori), o comunque la qualificazione di attività commerciali (art. 632: l'impresa di agenzia di affari). Riesaminando da questo angolo visuale le varie situazioni si constata che gli *agents de change* (ricompresi tra i *courtiers* per ragioni storiche, in vista delle comuni caratteristiche di pubblici ufficiali con privilegio monopolistico) ⁽³⁶⁾ presentano affinità con i commissionari, e questi tra loro e con gli spedizionieri, nonché persino (a quello stadio dell'economia dei trasporti) con i vettori, sotto il particolare profilo dello svolgimento di un'attività ausiliaria di natura peculiare in quanto non semplicemente intermediaria (come quella dei *courtiers*) ⁽³⁷⁾, bensì di compimento di operazioni per conto altrui, in nome proprio o del committente (cfr. art. 91), da parte del mandatario o incaricato.

Diverso, appunto, il problema della qualificazione contrattuale di tali rapporti: perché, non provvedendo il *code de commerce* a configurare tipi particolari di contratti commerciali per questo settore, non restava che il ricorso a taluni tipi fondamentali di contratti civili, e così essenzialmente al mandato,

⁽³⁶⁾ LOCRIÉ, *Legislazione civile, commerciale e criminale*, (trad. ital.), vol. 11, Napoli, 1843, pp. 220 ss.

⁽³⁷⁾ Prescindendo da ogni altra disputa sulla natura della mediazione (che ad es. in diritto svizzero non solo è concepita come figura contrattuale, ma è senz'altro assimilata al mandato: art. 412 CO; cfr. OSER-SCHÖNENBERGER, *Das Obligationenrecht*², in *Komm. z. Schweiz. ZGB*, Zurich, 1936, sub art. 412, n. 3, p. 1514; in diritto tedesco, § 652 BGB, è invece ripresa anche a questo riguardo l'idea del contratto d'opera) la distinzione delineata nel testo può in effetti apparire, per quanto ci concerne, la più significativa. Una formulazione di SRAFFA che allude alla « semplice opera di mediazione » (*Del mandato commerciale e della commissione*², in *Commentario cod. comm.*, Milano, 1933, p. 33), contrapponendola espressamente all'attività degli altri vari ausiliari del commercio, può considerarsi implicitamente sulla stessa linea. Sulla ricca problematica centrata sulle questioni in esame cfr. CARRARO, *La mediazione*², Padova, 1960, pp. 20, 37, 86 ss.

richiamato d'altronde espressamente all'art. 92 per la disciplina del commissionario che agisce in nome del committente. Si è così delineata la commissione come il tipo commerciale del mandato ⁽³⁸⁾, ovvero come variante del mandato: sottospecie di esso o figura più nettamente *sui generis*, a seconda del rilievo riconosciuto alle diverse caratteristiche su cui si può fondare la differenziazione della commissione dal mandato, ossia: professionalità del commissionario — arg. ex art. 632 —, compimento di atti di commercio, natura del negozio gerito e oggetto della prestazione, onerosità della commissione, carenza del potere rappresentativo (essenziale invece, questo, per la nozione di mandato civile di cui all'art. 1984 *code civil*, attesa la confusione allora prevalente tra mandato e procura) ⁽³⁹⁾.

Pur sufficientemente consolidatasi come tipo contrattuale, la commissione mantiene al tempo stesso l'estensione a quella molteplicità di fattispecie che abbiamo visto ad essa ricollegarsi

⁽³⁸⁾ Già in DELAMARRE-LE POITVIN, *Op. cit.*, pp. 7 ss.; ma si veda, per un panorama completo, l'evoluzione storica della nozione tracciata nel saggio di PONSARD, di cui alla nota seguente.

⁽³⁹⁾ Sui vari profili della commissione: VISMARD, *La commission en général*, in *J.-Cl. Commercial, Ventes commerciales*, II, fasc. II, pp. 1-3; e soprattutto il ripensamento storico di PONSARD, *Le contrat de commission dans le code de commerce et la doctrine postérieure*, in HAMEL, *Le contrat de commission*, cit., pp. 55 ss. Analogamente si può utilmente considerare la singolare evoluzione che ha portato nel nostro attuale codice alla sistemazione del contratto di commissione come sottotipo qualificato del mandato, la cui caratterizzazione (da un lato non commercialistica, dall'altro ingiustificatamente ristretta alla compravendita di beni) è stata efficacemente ricostruita e criticata dal MINERVINI, *Il mandato ecc.*, cit., a pp. 231-233. Aggiungerei peraltro che senza dubbio l'affrettata sostituzione del requisito «compravendita di beni» a quello della commercialità (fenomeno esattamente contrapposto dal MINERVINI alla delimitazione alle compravendite commerciali o mobiliari, tipica delle legislazioni straniere) è il risultato (indiretto e forse inconsapevole, e naturalmente rimasto a mezza strada), oltre che di imperfetto coordinamento nella redazione finale del cod. civ., proprio di quell'accentuazione centrata sulla compravendita mobiliare, e cioè più tipicamente commerciale, che si ritrova non solo in talune legislazioni moderne, ma già nella definizione che della commissione nel sistema francese dava il THALLER, *Traité él. de droit commercial*⁵, Paris, 1916, n. 114, p. 592, la cui profonda influenza sul nostro pensiero giuridico è superfluo sottolineare.

dal lato della funzione sociale e quindi causale, essendo d'altronde il fenomeno consentito e agevolato proprio dall'indeterminatezza dei caratteri distintivi del mandato-commissione *lato sensu* ⁽⁴⁰⁾.

Ovviamente, non manca infine, d'altra parte — quando le caratteristiche dell'operare per conto altrui si allontanino dallo schema del rapporto gestorio, per risolversi in una mera prestazione di lavoro subordinato, o di lavoro autonomo (opera o servizio) — la possibilità del ricorso alle diverse sottospecie del *louage d'ouvrage et d'industrie* ⁽⁴¹⁾: non senza rilevare, peraltro, che nei codici napoleonici queste stesse distinzioni tra i vari contratti di lavoro sono tutt'altro che perspicue ⁽⁴²⁾, così come incerta resta in ogni caso (e questo è problema ancora attuale) la linea di demarcazione tra rapporto di lavoro e rapporto di mandato ⁽⁴³⁾. Non è raro pertanto che, all'ombra di tali incertezze, si giunga poi a prospettare per talune fattispecie non tanto una qualificazione contrattuale univoca, quanto una sovrapposizione di contratti, in cui le combinazioni richiamate più frequentemente (ma non esclusivamente) sono quelle di commissione e mandato, lavoro e mandato ecc. ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴⁰⁾ VISMARD, *Op. loc. cit.*

⁽⁴¹⁾ Nasce infatti, ovviamente, in questo periodo, sulla base dell'art. 1948 *code Nap.*, la fallace distinzione tra locazione d'opera e mandato che collega strettamente a quest'ultimo il fenomeno della rappresentanza (a superamento delle vecchie differenziazioni tra servizi liberali e opere vili, ancora in TOULLIER-DURANTON, *Le droit civil français*, IX, Bruxelles, 1833, p. 204, sulla traccia di MERLIN e TROPLONG: CLAMAGERAN, *Du louage d'industrie, du mandat, et de la commission*, Paris, 1856, pp. 253-273; ZACHARIAE, *Cours de droit français*, II² (trad. franc.), Bruxelles, 1850, § 71-bis, p. 16, § 410, p. 59. Si profila anche, peraltro (CLAMAGERAN, *Op. cit.*, p. 256, nota 1), quella correlazione tra mandato e compimento di un atto giuridico che rappresenta lo stadio successivo, e così la soluzione tuttora largamente accettata di una altrimenti inestricabile duplicazione classificatoria.

⁽⁴²⁾ ROUAST, *Contrat de travail*, in PLANIOL-RIPERT, *Traité prat. de droit civil français*, XI², Paris, 1954, nn. 763 ss., pp. 3 ss.; RIPERT-BOULANGER, *Traité* (PLANIOL), *cit.*, III, pp. 653 ss.

⁽⁴³⁾ V. *supra*, nota 41.

⁽⁴⁴⁾ SAVATIER, in PLANIOL-RIPERT, *Traité prat.*, *cit.*, XI², Paris, 1954, nn. 1427 ss., pp. 851 ss.; GIVERDON, *Agent commercial*, in *Rép. de droit comm.* Dalloz, I,

Noterò incidentalmente che questa impostazione, depurata degli equivoci più grossolani (o meglio che oggi, alla luce di un'elaborazione secolare, apparirebbero tali), mantiene qualche riflesso sino ad epoca assai vicina, per qualche problema particolarmente delicato, quale ad es. il carattere del rapporto di lavoro institorio e della relativa preposizione, fenomeno unitario la cui autonomia rispetto sia al mandato che alla procura ha dovuto essere energicamente difesa in trattazioni recenti (⁴⁵).

8. Mentre la rudimentale sistematica del *code de commerce*, concepito agli albori di un capitalismo ancora piccolo borghese, era sviluppata dagli scrittori attraverso tentativi di un più raffinato impianto dogmatico, l'agente di commercio veniva concretamente fondando i lineamenti della propria attività, e della propria vera o presunta « diversità » rispetto agli schemi professionali esistenti, su un tipo di funzione economica indubbiamente nuova nel settore della distribuzione commerciale, almeno nella misura in cui l'avvio della produzione industriale di massa, la rivoluzione dei trasporti, e l'allargamento del mercato dei consumatori inducevano l'esigenza di frequenti contatti capillari con i commercianti al dettaglio, quando non con la clientela consumatrice.

Le preesistenti figure di intermediari, e così commissionari, fattori, sensali, interpreti o turcimanni — come ancora si

Paris, 1956, pp. 131-133; HÉMARD, *Les contrats commerciaux*, in ESCARRA et RAULT, *Traité*, Paris, 1955, n. 668, pp. 44-45. Non è qui ancora il caso di addentrarsi in un problema di qualificazione: su cui si veda intanto genericamente, da ultimo, SCALFI, *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Milano-Varese, 1962, specie a pp. 128 ss., e bibliografia *ivi*; nonché accenni al fenomeno in DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, pp. 307-8.

(⁴⁵) Rimando, per tutti, a CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955, pp. 257-262, e a DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*³, Padova, 1962, pp. 323-337. Le due esposizioni si completano a vicenda, trattando l'una essenzialmente degli aspetti esterni, l'altra degli aspetti interni del rapporto institorio. Per un'efficacissima sintesi, che accoglie tutti i motivi qui adombrati, cfr. FANELLI, *Per una rivalutazione della preposizione institoria*, in *Riv. dir. commerc.* 1955, I, 6.

soleva dire ⁽⁴⁶⁾ — si integrano, o si affiancano, o vengono sostituiti con questi nuovi personaggi: commessi viaggiatori, piazzisti, rappresentanti; che muovono bensì sovente da una posizione di lavoratori subordinati (in un'epoca, tuttavia, in cui la regolamentazione del lavoro subordinato si limita alla necessità della fissazione di un termine, e non presenta peculiarità di rilievo rispetto alle altre forme di prestazione d'opera) ⁽⁴⁷⁾, ma che progressivamente si avviano verso l'autonomia — creando così un nuovo problema di classificazione giuridica — sotto la duplice spinta di un miraggio personale di indipendenza, e conversamente di nuove tendenze organizzative delle imprese preponenti verso l'eliminazione di talune spese fisse e di taluni rischi, profilandosi intanto l'avanzata sia pure lenta della nuova legislazione sociale di tutela del lavoro subordinato; ma a questo punto gli agenti di commercio hanno già fatto la loro scelta, da cui solo successivamente vorranno gradualmente retrocedere.

Se in Francia l'agente di commercio individuale pone esigenze di chiarificazione del materiale legislativo codificato, altrove il fenomeno assume proporzioni anche più ragguardevoli ⁽⁴⁸⁾; con le stesse funzioni del modesto agente (essenzial-

⁽⁴⁶⁾ L'uso del vocabolo è ancora riscontrabile a mezzo il secolo scorso, a memoria dei secolari traffici del bacino mediterraneo. Rapidi ma esaurientissimi cenni storici su tutte le figure ricordate nel testo, e sulla loro funzione, in GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, (trad. ital. di Pouchain e Scialoja), Torino, 1913, p. 22.

⁽⁴⁷⁾ Arg. ex artt. 1779-1780 *code Nap.*, e cfr. quanto si doveva rilevare al riguardo ancora pochi decenni or sono, nella *Relazione* (della Commissione Reale per la riforma dei codici, e della *Commission française d'études*) al *Progetto di un codice delle obbligazioni e dei contratti, comune all'Italia ed alla Francia*, Roma, 1928, pp. XLIII, CXLVIII.

⁽⁴⁸⁾ Se è persino superfluo ricordare l'ingresso della figura dell'agente di commercio, in tutte le sue manifestazioni, nella letteratura narrativa (dal BALZAC de *L'illustre Gaudissart*, al *Soll und haben* di GUSTAV FREYTAG del 1855, giù per un filone mitteleuropeo sino all'ambiente triestino del commercio di commissione e delle case di agenzia che si intravede ne *La coscienza di Zeno* del nostro SVEVO), vale certamente la pena di menzionare nel settore della manualistica di tecnica commerciale un lavoro da annoverarsi tra i primi specificamente dedicati all'argomento: RÖHRICH, *Die Stellung des Kaufmännischen Agenten*, Leipzig, 1856.

mente: procacciamento di affari, oltre a più o meno complesse operazioni accessorie) sorgono, soprattutto in Germania, vere e proprie case di agenzia, ovvero stabilimenti commerciali principalmente dediti all'intermediazione ausiliaria nel traffico di importazione e esportazione; uno «storico», o cronista, della categoria, ricorda ed elenca nominativamente, e a titolo esemplificativo, una trentina di imprese di agenzia sorte fra il 1815 e il 1869, tuttora floride ai nostri giorni ⁽⁴⁹⁾. E qui, a fronte di imprese organizzate ⁽⁵⁰⁾, spesso sociali, con il più accentuato distacco di questi complessi aziendali dalle forme di lavoro individuale, mi pare che il fenomeno già prospetti tutti quegli atteggiamenti, e quindi quei significati giuridici ulteriori, che non possono non attingere una loro sistemazione pur nella nostra disciplina giuridica positiva attuale, oggetto della presente indagine nei suoi sviluppi successivi.

È comunque nel codice di commercio tedesco, e dunque sul finire del secolo scorso, che viene introdotta per la prima volta in una legislazione moderna la figura dell'agente di commercio ⁽⁵¹⁾, di cui si delinea una disciplina congruente con la posizione della nuova professione nel traffico commerciale sino a quel momento (*Handlungsagent*: §§ 84 ss., *HGB*).

Al riguardo valgano le seguenti, rapide osservazioni:

a) la normativa contempla la figura soggettiva dell'agente, ed è collocata nel libro primo del codice, che tratta dei commercianti;

b) al contempo, tuttavia, si dà sistemazione, in altra sede (nell'ambito della trattazione degli atti di commercio), alla attività di commissione, spedizione, deposito, trasporto, secon-

⁽⁴⁹⁾ ENGEL, *Der Handelsvertreter. Vom Werden eines Berufes*, Berlin, 1941, pp. 21-22.

⁽⁵⁰⁾ Sulla varietà dei compiti di tali imprese cfr. ENGEL, *Op. cit.*, p. 32.

⁽⁵¹⁾ *Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs*, Berlin, 1896, p. 67; cfr. anche SCHMIDT-RIMPLER, *Der Handlungsagent*, in EHRENBURG, *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, V, I, 1, Leipzig, 1926, § 14, pp. 48 ss.; HERSCHEL-BEINE, *Handbuch zum Recht des Handelsvertreters*, Köln, 1954, p. 13.

do schemi contrattuali distinti sia tra loro che rispetto a quello desumibile dalla disciplina dell'agente, restando aperta la questione dell'assimilabilità dell'agenzia al *Dienstvertrag* ovvero al *Werkvertrag*, ma con esclusione di qualsiasi problema concernente invece la posizione di tali rapporti rispetto al mandato civile;

c) l'agente si distingue per la sua autonomia, nel senso di non essere impiegato alla stregua di un commesso (pur se, esclusivamente sotto il profilo della rappresentanza, possono applicarglisi le norme relative ai c.d. viaggiatori: cfr. §§ 87 ss., *HGB*): ma — data la sistematica del *BGB* che differenzia il contratto di servizio (lavoro) (*Dienstvertrag*) dal contratto d'opera (*Werkvertrag*) essenzialmente in funzione dell'obbligazione che vi inerisce, di attività piuttosto che di risultato⁽⁵²⁾, senza procedere alla ricerca della distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato⁽⁵³⁾ — una precisa qualificazione del rapporto tra preponente e agente da quest'ultimo punto di vista non deriva in realtà dalle norme in esame, ed è stata di volta in volta desunta *aliunde*, riscontrandola in sede interpretativa con le diverse risultanze successivamente facenti capo al ramo speciale del diritto del lavoro: *GewO* ecc.⁽⁵⁴⁾.

(52) GIERKE O., *Deutsches Privatrecht*, III, München-Leipzig, 1917, § 199, pp. 590 ss. Cfr. anche l'art. 1627 del nostro cod. civ. 1865. Muovendo da presupposti e con risultati ispirati a motivi assai dissimili, nella nostra letteratura a fondamento del moderno diritto del lavoro troviamo le opere germinate intorno al 1930: CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1928; CASANOVA, *Studi sul dir. del lav.*, cit., per il quale ultimo (a pp. 96-100) l'indice distintivo tra promessa di lavoro e promessa di risultato si trasforma modernamente nell'antitesi tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, che si sottrae a taluni equivoci e ambiguità possibili (cfr. MOLITOR, *Das Wesen des Arbeitsvertrages*, Leipzig, 1925, p. 24) seguendo la prima linea di demarcazione.

(53) Sui rapporti tra questa distinzione e la precedente v. per tutti GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit., n. 24, pp. 53-56.

(54) HUECK, in HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, cit., I, § 80, p. 807; sugli sviluppi accennati nel testo cfr. (oltre a MOLITOR, *Op. cit.*, p. 81) RÜMELIN, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, Tübingen, 1905, e ancora HUECK, *Op. ult. cit.*, § 22, pp. 134-136.

9. Le strade che mettono capo alle varie legislazioni attuali sono dunque agli inizi diverse, e una certa diversità permane nei risultati, quanto meno dal punto di vista concettuale (perché in effetti, dal punto di vista pratico, una notevole uniformità ispira ora tutte le regolamentazioni europee per quella parte che attiene alla conclamata necessità di tutela sociale della categoria).

III.

STORIA E TEORIA: GLI SVILUPPI

SOMMARIO: 10. L'introduzione della nozione di mandato commerciale nel sistema del codice di commercio. — 11. Mandato, affare, atto giuridico. — 12. La trattazione degli affari altrui: indicazione delle nuove linee di sviluppo dell'indagine. — 13. Caratteristiche dell'agenzia nella prassi commerciale italiana precedente la nuova codificazione. — 14. I connotati « servili » della moderna agenzia. — 15. Significato storico-giuridico, e non politico-economico, del precedente richiamo. — 16. Prime formulazioni della problematica dell'agente nella scienza giuridica italiana: applicabilità o meno delle qualifiche di a) commerciante, b) rappresentante, c) mandatario; riflessi attuali. — 17. L'attività dell'agente nel sistema degli atti di commercio di cui all'art. 3 cod. comm.; possibilità del ricorso al n. 21 o al n. 22. — 18. *Segue*: le difficoltà dell'alternativa, e delle soluzioni ad essa proposte nell'ambito del sistema allora vigente. — 19. *Segue*: possibilità, in astratto, del ricorso anche al n. 6 dell'art. 3 cod. comm., alla luce della nozione generica di somministrazione (di servizi). — 20. La posizione dell'agente nel passaggio dal sistema del codice di commercio all'ordinamento attuale: configurabilità dell'agente come imprenditore, piccolo imprenditore o lavoratore autonomo; ma non come professionista.

10. L'introduzione e la scomparsa, nel nostro ordinamento, del tipo contrattuale del « mandato commerciale » rappresentano, nella loro contrapposizione, il momento più singolare della vicenda in cui, se non vado errato, si trova racchiusa la premessa ad una valutazione storica razionale e ad una interpretazione sistematica soddisfacente degli esigui lineamenti giuridici dell'attuale contratto di agenzia.

La puntualizzazione del mandato commerciale era destinata a esplicitare proprio quella nozione che, assente nella terminologia del *code de commerce*, costituiva il nucleo della disciplina della gestione o trattazione di affari commerciali per conto altrui, come si è d'altronde venuti riconoscendo sempre più apertamente, sino a rendere corrente in Francia appunto la designazione di *mandataire* per l'agente di commercio indipen-

dente ⁽⁵⁵⁾; di converso, l'ultimo passaggio della nostra evoluzione legislativa, consistente nell'eliminazione di quel punto di riferimento e nell'incasellamento autonomo del contratto di agenzia, avrebbe valore di tendenza a riprodurre la sistemazione della materia realizzata a suo tempo nello *HGB*, salvo che per una frattura di fondo nell'apprezzamento dogmatico del fenomeno, che dovrà essere sottolineata ⁽⁵⁶⁾.

Potrebbe sembrare, a prima vista, che, se da un lato l'avvenuta « identificazione » del mandato commerciale aveva rappresentato un progresso, nel senso di un decisivo chiarimento rispetto alla dicotomia (terminologicamente incongrua) tra mandato civile e commissione ⁽⁵⁷⁾, dall'altro lato l'unificazione legislativa fra diritto civile e commerciale del 1942, pur comportando necessariamente il ricomponimento di un unico concetto di mandato, non perciò dovesse significare il riassorbimento del chiarimento sistematico precedentemente intervenuto, presentandosi piuttosto come il normale portato di un rilancio unitario del diritto privato, tale da non interferire con i risultati acquisiti in tema di mandato e commissione. In realtà le cose non sono così semplici, e in effetti non andarono in questo modo.

Infatti: nel lungo arco di tempo compreso fra i primi anni di vigenza del cod. comm. 1883 e l'emanazione del nuovo cod. civ. si sono avuti due sviluppi, di cui l'uno avente più specifica

⁽⁵⁵⁾ D. n. 58-1345, 23 dicembre 1958, art. 1. Sostanzialmente mandatarî (conf. COUSI-MARION, *Les intermédiaires du commerce*, Paris, 1963, p. 96) sono anche quegli agenti che per altro verso sono nella condizione di lavoratori subordinati, sia atipici, sia rientranti nella classificazione dei c.d. V.R.P. statutarî (ossia specificamente regolati dall'apposita disciplina di cui alle leggi 18 luglio 1937 e 7 marzo 1957, incorporate nel *Code du travail*, artt. 29k-29r).

⁽⁵⁶⁾ Cfr. intanto poco più avanti, alla nota 58.

⁽⁵⁷⁾ Si ricordi quanto rilevato più sopra sul particolare valore dei concetti di mandato (civile) e commissione (commerciale) nella tradizione giuridica francese. Ovviamente, nel sistema del codice di commercio italiano la commissione si ritrovava degradata a sottotipo qualificato del mandato commerciale, caratterizzato dall'agire del commissionario in nome proprio: costituiva, in altre parole, il *nomen iuris* in campo commerciale del mandato senza rappresentanza. È quanto sarà messo subito in rilievo nel testo, sottolineando i riflessi più significativi di tale sviluppo.

e immediata influenza sul settore che ci riguarda, e cioè l'elaborazione di una normativa speciale incentrata esclusivamente sull'agente di commercio ⁽⁵⁸⁾, germinata bensì da spunti dottrinali e nell'ambito dei progetti di riforma della codificazione, ma culminata in un accordo economico collettivo, ossia in una legge materiale estranea al codice, e quindi — per così dire — con pretese sistematiche *affievolite* ⁽⁵⁹⁾; l'altro sviluppo, in-

⁽⁵⁸⁾ Conformemente a quanto si era verificato nel sistema tedesco, dove però non si profilano i nostri stessi problemi quanto ai rapporti con la (ben diversa) nozione di mandato.

⁽⁵⁹⁾ « Il giurista ha... bisogno di una legge per ritenere fondato il suo compito: e fra le leggi nutre una certa indifferenza, per non dire un malcelato disprezzo, per le leggi speciali, cioè proprio per quelle leggi che seguono più da vicino e influenzano in modo più diretto le trasformazioni della realtà sociale ed economica »: MIGNOLI, *Società e giurisprudenza*, in *Riv. società*, 1964, 513, 517. Ed è significativo che questo a. individui fra quegli ostacoli che « rendono lento e faticoso il cammino della nuova giurisprudenza », oltre alla pandettistica, la codificazione, la quale « simula una definitività e una completezza, che in realtà non possiede; irrigidisce troppo fortemente l'ordine giuridico anche per il futuro; cristallizzando un certo schema, crea l'illusione della sua validità assoluta, anche nel senso di 'eterna', sottratta alle mutevoli esigenze della storia » (*ivi*, 521, 524).

Su tale problematica gettano una luce diversa le osservazioni del CASANOVA, *Diritto e società. Conservatorismo e modernismo giuridico*, in *Riv. società*, 1965, 249. È però indubbiamente singolare come il fatto della codificazione (la quale è poi la codificazione napoleonica), che è un fatto non solo relativamente recente, ma anche in ultima analisi estraneo alla nostra stessa tradizione giuridica di diritto comune, non meno che a quella di altri paesi, abbia condizionato in modo così assoluto e vincolante il nostro pensiero giuridico da un secolo a questa parte. Certo si tratta di un corpo di norme di legge doppiamente cogente nel momento dell'interpretazione (e sui conflitti di metodo e di valutazione fra cui il giurista si dibatte in sede di interpretazione cfr. ancora MIGNOLI, *Op. cit.*, a p. 525, soprattutto a proposito di ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, pp. 165 ss.); doppiamente cogente, cioè, oltre che per l'obbligatorietà intrinseca alle norme stesse, per la vera o supposta « sistematicità » della loro combinazione; tuttavia chi cerchi di afferrare il significato storico delle varie incarnazioni del tecnicismo giuridico non può non meravigliare — e sia detto senza alcuna implicazione necessariamente negativa — a fronte dell'incondizionato e quasi automatico inserimento, nel processo di costruzionismo dogmatico entro le sagomature predefinite dei codici, di tutti i giuristi prodotti ormai da diverse generazioni nell'ambito del sistema, e dai quali non si saprebbe forse isolare che la singolarissima figura di MOSSA, il quale in epoca di rigidamente imperanti codificazioni tendeva, in modo certo irripetibile, verso una più autonoma ed ampia vicenda giuridica, che se talvolta rintracciabile anche in altri scrittori assumeva ed assume più schietto, e perciò più controllato, carattere comparatistico. (E appunto nel metodo compara-

vece, avente carattere molto più generale e complesso, ma di immenso peso, anzi determinante ai fini delle qualificazioni qui dibattute, consistendo in un radicale, e in un certo senso brusco ripensamento (ancorché sviluppatosi poi per una lunga serie di anni) sul tema della rappresentanza, e di riflesso del mandato.

Non mi sembra arbitrario individuare dunque proprio nelle caratteristiche della figura dell'agente di commercio, stabilizzatasi a mezzo tra l'autonomia e la subordinazione « feudale », di cui facevo cenno all'inizio e che valuteremo tra breve nella sua concretezza, lo sbocco di questa duplice evoluzione, che va necessariamente in questa sede condensata nelle sue più significative manifestazioni.

11. In ordine non sempre strettamente cronologico, si può rilevare quanto segue.

L'allineamento sullo stesso piano rispettivamente del mandato civile e del mandato commerciale aveva coinciso con la presa di coscienza dell'inessenzialità dell'idea di rappresentanza a quella di mandato e viceversa: in entrambi i grandi rami dell'attività, civile e commerciale, restava quindi stabilito che il mandato può, o meno, presentare l'*ulteriore* elemento della rappresentanza ⁽⁶⁰⁾, con l'avvertenza peraltro che il mandato di

tistico, infine, non a caso lo stesso MIGNOLI, *Op. cit.*, pp. 526-7, individua un fattore primario non solo di ripensamento storico dei problemi della codificazione e interpretazione, ma anche di accelerazione delle stesse istanze di trasformazione e adattamento dell'ordinamento giuridico alla realtà sociale che si ritrovano precisamente nella produzione legislativa speciale, anche « regolamentare », nella formazione di diritti sopranazionali, negli sviluppi casistici ecc.; e si confronti tutta l'elaborazione fornita in questo senso ad es. dal GORLA nei noti volumi comparativo-casistici su *Il contratto*, Milano, 1955).

Ora appunto non è chi non veda come l'istituto del contratto di agenzia, oggetto del nostro esame, sia preminentemente fra quelli che non potrebbero trovare adeguata illustrazione e spiegazione ove ci si limitasse a considerarlo, per così dire, nella sua esigua e recente « storia interna » codificata, senza valutare i riflessi anche dogmatici messi in luce dai suoi precedenti immediati e mediati nel nostro e in altri ordinamenti.

⁽⁶⁰⁾ La quale, a sua volta, può trovare la sua fonte, del tutto indipendentemente dal mandato, in altro rapporto giuridico: dottrina peraltro contestata non solo da chi tuttora insiste sul dogma dell'autonomia della procura, togliendo signi-

natura commerciale *senza rappresentanza* (e in quanto tale più tipico e più « puro », oltre che storicamente più rilevante) assumeva un proprio *nomen iuris* particolare ⁽⁶¹⁾, senza che perciò fosse da inferirne differenza sostanziale alcuna tra commissione, appunto, e mandato.

Sul quale ultimo veniva pertanto a gravare tutto l'interesse dell'interprete chiamato a distinguere (senza l'ausilio dei vecchi criteri ormai sorpassati: gratuità, elevatezza dei servizi, ecc.) tra mandato e locazione d'opera o d'opere.

Ora, ciò che preme sottolineare al riguardo è che lo SRAFFA si era reso perfettamente conto, oltre che dell'inopportunità, dell'assoluta inconsistenza di ogni pretesa distinzione fra quelle figure ⁽⁶²⁾; ma riconoscendo d'altronde la sgradevole necessità di differenziare concettualmente due rapporti che la legge regolava in modo diverso (egli osservava che il *BGB*, §§ 611, 622, dopo una serie di assurdi tentativi di sottrarsi ad una soluzione in sede di lavori preparatori, aveva dovuto ripiegare sulla pretesa discriminante romanistica della gratuità) ⁽⁶³⁾, e affermando l'ov-

ficato all'affermazione testé fatta, ma anche da chi (come il PUGLIATTI, *Il negozio di gestione sottostante alla rappresentanza*, Messina, 1929, estratto da *Annali dell'Istit. di scienze giuridiche ecc. dell'Univ. di Messina*, III, 1929) ritiene invece che « se la cooperazione giuridica formasse oggetto di diverse figure contrattuali — sempre che ciò si rendesse necessario, o almeno utile — ognuna di queste potrebbe essere qualificata dalla rappresentanza, *il che in astratto è perfettamente concepibile, ma non lo è in rapporto al nostro sistema positivo* [corsivo mio], poiché in esso la cooperazione giuridica cade integralmente entro l'orbita del contratto di mandato, in cui si esaurisce » (pp. 54-55 dell'estratto).

Ritengo superfluo precisare che in questa sede mi preme cogliere le linee fondamentali dello sviluppo del nostro pensiero in materia, rinunciando ovviamente a rendere conto delle diverse sfumature che caratterizzano in modo più rilevante i diversi atteggiamenti dei vari scrittori, e trascurando anche nella maggior parte dei casi gli isolati dissensi che si collocano al di fuori dello schema di sviluppo dominante e comunque più significativo ai fini della presente ricostruzione storico-dogmatica.

⁽⁶¹⁾ SRAFFA, *Del mandato commerciale e della commissione*, cit., p. 18. Praticamente inutilizzabili, sotto il profilo indicato alla fine della nota precedente, le analoghe trattazioni del CALUCI e del RAMELLA (rispettivamente nelle prime e nella quinta ed. del Cod. di comm. commentato Utet).

⁽⁶²⁾ SRAFFA, *Op. ult. cit.*, pp. 23-28.

⁽⁶³⁾ *Ibid.*, pp. 28-31.

vio criterio del ricorso, ai fini di questa operazione coatta, a quel tanto che poteva «trarsi dalla legge stessa» ⁽⁶⁴⁾, l'insigne commercialista giungeva alla conclusione, sulla scorta delle indicazioni testuali del codice — peraltro tranquillamente definite irragionevoli ⁽⁶⁵⁾ —, che a fronte del compimento di *atti materiali*, caratteristicamente contemplato dalla locazione d'opera, il mandato (commerciale) si distingueva per il diverso oggetto, consistente nella *trattazione di affari commerciali*.

Ma, una volta stabilito ciò, l'adattamento a questo ordine di idee conduce in effetti lo SRAFFA qualche passo più avanti, e cioè all'identificazione tra affari commerciali e atti giuridici, nel senso che gli affari commerciali non potessero essere per definizione altro che affari giuridici, o in altre parole non potessero che consistere necessariamente in atti giuridici. Quest'ultima costruzione — argomentata sull'impossibilità di verificare la *commercialità* di un affare se non sotto il profilo giuridico, ossia con un preciso riferimento all'atto di commercio, che è riconoscibile come tale solo sul piano della regolamentazione giuridica — è in realtà tanto ingegnosa quanto artificiosa: essa, da un lato, poggia su di una trasparente confusione tra affare ed atto (tanto più che lo stesso a. per altro verso non limita il concetto di trattazione di affare a quello di conclusione, ma vi attribuisce «una significazione così estesa che racchiude in sé anche il concetto di *atti preparatori*»: ammissione estremamente importante, in relazione ad altre questioni che saranno discusse in seguito); dall'altro lato non può che lasciare interamente scoperto il problema della distinzione tra locazione d'opera e mandato civile, avente anch'esso ad oggetto il compimento di un affare, peraltro non «giuridicamente» caratterizzabile e quindi non distinguibile dagli atti materiali normalmente dedotti in sede di locazione d'opera, restando così inapplicabile ogni argomen-

⁽⁶⁴⁾ *Ibid.*, p. 31.

⁽⁶⁵⁾ *Ibid.*, p. 32.

tazione affine a quella relativa agli affari commerciali ⁽⁶⁶⁾ (e invero si negava anche da parte della dottrina tedesca che la parola « affare », *Geschäft*, di per sé comprendesse solo negozi o atti giuridici) ⁽⁶⁷⁾.

In effetti, questa polemica retrospettiva sarebbe inconcludente, se non offrisse il destro di ricordare che lo SRAFFA, nell'attingere la sua costruzione, doveva essere in realtà motivato da ben altri fattori che quelli ricavabili da così insoddisfacente argomentazione: possiamo intanto anche supporre che fosse da parte sua avvertita un'esigenza di simmetria logica, nel senso che agli atti materiali (*rectius*: non giuridici) ⁽⁶⁸⁾ del rapporto di lavoro si dovessero contrapporre, nello specifico rapporto di mandato, atti giuridici; ma in primo luogo e soprattutto, nel contesto di un più ampio discorso, è agevolmente rilevabile in queste pagine del nostro a. precisamente il riflesso di quella novità di atteggiamenti e di quella tendenza ad una revisione nella sistemazione dei fenomeni di cooperazione giuridica, con cui sulla falsariga degli scrittori tedeschi più celebrati ⁽⁶⁹⁾ si dava inizio a quella lunga vicenda di ripensamenti in tema di rappresentanza e mandato, della cui influenza sui termini della nostra problematica si è detto poc'anzi.

⁽⁶⁶⁾ *Ibid.*, pp. 32-33. In generale, l'ambiguità della posizione di SRAFFA era subito stata rilevata dal VIVANTE, *Trattato di dir. commerc.*⁵, I, p. 273, nota 19.

⁽⁶⁷⁾ Già in *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, II, Berlin u. Leipzig, 1888, IX tit., §§ 585-586, p. 527; e poi incontrastatamente in tutta la letteratura successiva, sino ad oggi: ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, in ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II¹³, Tübingen, 1950, § 160, p. 640; MOLITOR, *Schuldrecht*, II⁶, München u. Berlin, 1964, § 14, pp. 101-102; NIPPERDEY, in STAUDINGER's *Kommentar z. BGB*, II, 3¹¹, Berlin, 1958, pp. 1879 ss.; ISELE, *Geschäftsbesorgung. Umriss eines Systems*, Marburg, 1935, p. 90.

⁽⁶⁸⁾ Per questa precisazione cfr. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., p. 331.

⁽⁶⁹⁾ La trattazione dello SRAFFA muove precisamente dai richiami a LENEL, BUCHKA, LABAND, MITTEIS, WINDSCHEID e, naturalmente, JHERING (citazioni in SRAFFA, *Op. cit.*, pp. 2 ss.). L'argomento ha fatto oggetto di incessante approfondimento da parte della dottrina tedesca anche successivamente, per tutto il corso di questo secolo sino agli ultimi anni, da HUPKA a SCHLOSSMANN, da MANICK a MÜLLER-

Ora, se si considera che precisamente un certo tipo di affinamento concettuale risultante nell'abbinamento della nozione di compimento di atto giuridico a quella di mandato, a guisa di discriminante di questa tipica fonte di negozio gestorio, è ciò che contraddistingue, come è noto, proprio l'attuale momento legislativo (cfr. la definizione di cui all'art. 1703 cod. civ.) e che pervade in larga misura anche l'apparato interpretativo e dottrinale⁽⁷⁰⁾, si comprende altresì come la singolare posizione sistematica dell'agenzia nel vigente codice sia in relazione diretta (o, meglio, potrebbe dirsi... inversa) con la nuova rarefatta costruzione del fenomeno gestorio e rappresentativo che si andava elaborando con dogmatico rigore sulle spoglie delle più elastiche nozioni commercialistiche di mandato e commissione ormai entrate in crisi.

12. A voler perseguire l'individuazione di tutte le nozioni, testé richiamate e rilevanti per il nostro contesto, nella loro evo-

ERZBACH, da RÜMELIN a SCHLESS, da ISAY a LUDEWIG ecc., sino al più recente MÜLLER-FREIENFELS; a tali contributi ci si dovrà specificamente riferire in seguito.

(70) Larghissime indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali in MINERVINI, *Il mandato ecc.*, cit., pp. 6-9; la discussione si sposta anzi sul problema di definire come necessariamente negoziali, o meno, gli atti giuridici oggetto del mandato.

Va avvertito peraltro che, pur tenendo conto del dato legislativo, e riconoscendo quindi che il mandato è caratterizzato appunto dall'incarico di compiere atti giuridici (tali cioè da impegnare l'attività volitiva del mandatario), da qualche autore si rileva tuttavia che, quanto meno, lo stesso tipo di attività giuridica può tuttavia ricollegarsi ad altre figure di rapporto interno tra preponente e preposto, dovendosi allora di necessità identificare il criterio distintivo tra mandato e, ad es., contratto di lavoro, non già nel contenuto o genere dell'attività dedotta in rapporto, bensì nelle modalità di svolgimento dell'attività stessa (che nel rapporto di lavoro si qualifica per la stabilità e la subordinazione): così DALMARTELLO, *Op. ult. cit.*, pp. 323-337. Beninteso, pur potendo l'attività giuridica formare oggetto sia di mandato che di altro rapporto, non è vero l'inverso, ossia è escluso che l'attività non giuridica possa costituire il contenuto di un rapporto di mandato, se non come attività preparatoria ed in connessione con gli atti giuridici che il mandatario debba compiere in forza del mandato: ma ecco che anche sotto il profilo riconducibile a quest'ultima precisazione si ritrovano i motivi di perplessità che gravano su tutta la problematica della contrapposizione tra cooperazione giuridica e cooperazione materiale.

luzione dell'ultimo mezzo secolo, ricalcando tutte le analisi che ne sono state a più riprese elaborate, si finirebbe probabilmente con il constatare che anche nel nostro campo di studi vale quella regola della fisica moderna, per cui al di là di certi limiti infinitesimali il fenomeno osservato è soggetto inevitabilmente ad essere influenzato e quindi distorto dal processo stesso di osservazione.

Non altrimenti, infatti, ci troviamo, in tutto il delicato settore della cooperazione giuridica e materiale, di fronte ad una realtà normativa ambigua, sulla cui sistemazione incidono, per così dire solidalmente, tutti i pur contrastanti tentativi di interpretazione e di ricostruzione globale di una ormai ricchissima letteratura, che è venuta man mano aggiustando il tiro (rispetto alle ancor più disperse esperienze della codificazione previgente) sulle disposizioni più « problematiche » del nuovo codice: si pensi a quanto è stato scritto, per limitarci ai punti di riferimento essenziali, sugli artt. 1388, 1705, 1707, 1713, 1723₂, 2208, 2267, 2339₂, 2615₂ (ossia, in buona sostanza, sulla gestione rappresentativa diretta e indiretta) ⁽⁷¹⁾.

⁽⁷¹⁾ Indicherei, a puro titolo di prima delibazione, gli studi più rilevanti di GRAZIANI, *La rappresentanza senza procura*, 1927; *Id.*, *Negoziato di gestione e procura*, 1931; *Id.*, *Il mandato di credito*, 1932; *Id.*, *Sul mandato senza rappresentanza*, 1942 (ora tutti in *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953); PUGLIATTI, *Il conflitto di interessi tra principale e rappresentante*, in *Annali Univ. Messina* 1 (1928), 289; *Id.*, *Il negozio di gestione sottostante alla rappresentanza*, cit.; *Id.*, *Sulla rappresentanza indiretta*, in *Diritto e giurisprud.*, 1947, 1 (ora in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica* (Saggi), Milano, 1951, pp. 187 ss.); *Id.*, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile ecc.* (Saggi), cit., pp. 201 ss.; *Id.*, *Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1958, 801 (tutti gli scritti di questo a. sull'argomento sono ora raccolti in PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, in cui cfr. anche la sistemazione conclusiva contenuta nell'Appendice, *Programma introduttivo di un corso sulla rappresentanza in diritto privato*, a pp. 499 ss.); MINERVINI, *Conflitto di interessi fra rappresentante e rappresentato nella nuova codificazione*, in *Arch. giur.* 1946, 17; *Id.*, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, cit., *passim*; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², in *Trattato Vassalli*, Torino, rist. 1960, pp. 554 ss.; CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*¹, Napoli, 1962, pp. 261 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato ita-*

Ciò non deve impedire, tuttavia, di tentare un'autonoma messa a punto delle conclusioni che il riesame della teorica della gestione degli affari altrui, in astratto e alla luce del diritto positivo, può suggerire ai fini sia pure specifici e limitati del presente discorso sull'agenzia; il che mi propongo di fare più avanti.

Ma prima importa fissare in concreto (secondo una linea di sviluppo che va dall'iniziale manifestarsi su vasta scala della moderna figura dell'agente anche nel nostro paese al suo definitivo assestamento nella regolamentazione vigente) i motivi e i limiti nel cui ambito si è « voluto » nella pratica costruire questa nuova figura, per passare solo successivamente a considerare gli schemi dogmatici che hanno, per così dire, « consentito » appunto la traduzione sul piano giuridico di quelle esigenze ⁽⁷²⁾; le quali (come in genere accade) si identificano almeno in un primo momento con le esigenze della parte contrattuale più forte, per conciliarsi in un secondo tempo con le istanze avanzate dai contraenti più deboli, organizzati in categoria.

13. Nella prassi commerciale italiana l'agente si afferma in quanto, e potrebbe dirsi nella misura in cui, la funzione ausiliaria di intermediazione che gli è propria riesce ad atteggiarsi, dapprima nelle approssimative formulazioni di questo nascente uso mercantile e quindi nelle più precise ma spesso contrastanti rielaborazioni scientifiche, secondo le seguenti connotazioni:

liano, Napoli, s.d., ma 1946-8, pp. 678 ss.; BIGIARI, *Difesa dell'« Imprenditore occulto »*, cit., *passim*.

(72) In quale misura poi le categorie dogmatiche, a loro volta, si vengano formando indipendentemente, secondo sviluppi puramente logici e ideali (sia pur condizionati dagli indirizzi generali di ogni singola epoca), e in quale misura non rispondano invece esse stesse a più dirette sollecitazioni da parte degli ambienti e gruppi sociali portatori degli interessi dominanti, è evidentemente problema per indagini di teoria generale, di cui tuttavia si ritiene opportuno almeno far cenno nel contesto di un argomento, quale il presente, così tipicamente rappresentativo delle questioni di fondo insorgenti in tema di sistemazione giuridica dei rapporti economici di produzione.

a) ridotta funzione fiduciaria e rappresentativa rispetto alla cosiddetta « casa mandante » (⁷³);

b) assunzione del rischio del proprio esercizio professionale (⁷⁴);

c) retribuzione a provvigione sui singoli affari procacciati ed eseguiti;

d) compressione delle funzioni accessorie (deposito, anticipazioni, garanzia del credito) già tipiche del commissionario, figura a superiore livello organizzativo (anche capitalistico) (⁷⁵);

e) stabilità dell'incarico conferito dal preponente (o, più raramente, dai preponenti), e quindi posizione di dipendenza organizzativa (e talvolta decisamente gerarchica) dal principale (⁷⁶);

f) inesistenza di un rapporto di lavoro subordinato, in quanto l'agente (detto anche indiscriminatamente rappresentante di commercio) corrisponda a questa nuova tipologia, che lo distingue appunto dalle già note figure di veri e propri impiegati (istitori e rappresentanti, commessi viaggiatori) anche se investiti di identiche funzioni (⁷⁷).

(⁷³) VIVANTE, *Trattato*, I⁵, cit., pp. 309-310, che considererebbe senz'altro istitutore un agente investito di rappresentanza, ossia del potere di concludere gli affari del principale; conf. ROCCO, *Principii*, cit., p. 352, nota 1; e già VIDARI, *Del mandato commerciale e della commissione*, Milano, 1887, pp. 64-5.

(⁷⁴) VIVANTE, *Op. loc. ult. cit.*

(⁷⁵) Sulle più complesse funzioni del commissionario cfr. VIDARI, *Op. ult. cit.*, pp. 62-63; e la più ampia, penetrante contrapposizione tra commissionari e agenti in SRAFFA, *Del mandato commerciale e della commissione*, cit., pp. 33 ss.

(⁷⁶) Afferma incisivamente lo SRAFFA, *Op. cit.*, p. 37, che il nostro ausiliario « ha rinunciato ad una parte più o meno grande della sua libertà per mettersi a disposizione di un commerciante di cui egli è, notoriamente, l'agente ».

(⁷⁷) Ricordo nel modo più succinto che, nei dieci o quindici anni che seguono immediatamente il primo dopoguerra, la confusione circa i connotati della figura giuridica dell'impiegato è al colmo, data la novità della materia, ed anche perché alimentata ad un certo punto dal trapasso al sistema corporativo; si annoverano così in pochi anni le disposizioni sul contratto di impiego privato del d.l. 9 febbraio 1919 n. 112, la l. 13 novembre 1924 n. 1825, il d. 1 luglio 1926 n. 1130 e la relativa circolare ministeriale 23 novembre 1926; nonchè un d.m. 11 gennaio 1931 sull'inquadramento sindacale delle categorie professionali in esame, ed un con-

14. È una singolare combinazione di caratteristiche.

Alcune di esse non sono affatto così logicamente collegate fra loro come potrebbe sembrare: ad es. l'assunzione degli oneri e del rischio dell'organizzazione della propria attività non comporterebbe necessariamente una retribuzione subordinata al risultato, essendo perfettamente concepibile anche un compenso commisurato all'attività svolta, pur restando all'agente, come a qualsiasi commerciante, l'alea della copertura delle proprie spese e del conseguimento di un utile; tanto meno appare necessaria la condizione che subordina la provvigione all'esecuzione, anziché alla conclusione dell'affare ⁽⁷⁸⁾.

Altre, fra le caratteristiche ricordate, sono addirittura, sotto il profilo logico, difficilmente conciliabili, se non proprio incompatibili: così l'esclusione di un rapporto di lavoro subordinato, a fronte della natura stabile dell'incarico e delle penetranti regole di condotta che, nello svolgimento della propria

tratto nazionale di lavoro per viaggiatori e piazzisti che, fra l'altro, riconosce la qualifica anche a coloro che « viaggiano contemporaneamente per più ditte, con il consenso delle ditte stesse e con vincoli di dipendenza relativi ». Per ampie, accurate notizie ed interpretazioni sugli sviluppi dell'epoca conviene d'altronde rinviare allo studio del BIGIARI, *Sul concetto dell'agente di commercio* (cit. più avanti, alla nota 87); sull'argomento la bibliografia era vastissima, da un contributo dell'ASCARELLI, *Sulla revoca di un agente di commercio*, in *Foro ital.* 1925, I, 518, alle tendenziose argomentazioni svolte in un ampio manuale di LEVI DE VEALI, che richiamo *infra*, alla nota 85.

⁽⁷⁸⁾ La regola per vero si giustifica non già facendo capo alla natura della prestazione dedotta in obbligazione, quanto in base a criteri meramente economici, per cui questa forma di retribuzione sarebbe adeguatamente commisurata all'attività dell'agente, equamente compensandolo in relazione alle molteplici occasioni di conclusione di un affare derivanti dalla stabilità del suo incarico: SCHMIDT-RIMPLER, *Der Handlungsagent*, in EHRENBURG, *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, V, I, 1, Leipzig, 1926, pp. 35-6; cfr. ora WÜRDINGER, in *RGR Komm. z. HGB*, I², Berlin, 1953, *sub* § 87, p. 710. Il principio del « buon fine », già enunciato nel § 88 HGB, si discosta dalla tradizione che regola la provvigione dei mediatori (come è ricordato nel *Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs*, Berlin, 1896, pp. 70, 76; e come parzialmente si ritrova nella legge austriaca sugli agenti di commercio 24 giugno 1921); ma è ormai definitivamente e minuziosamente regolato nei nuovi §§ 87-87-a che sono stati sostituiti alle precedenti norme dello HGB dalla legge 6 agosto 1953 (*Gesetz zur Änderung des Handelsgesetzbuchs. Recht der Handelsvertreter*, BGBl. 1953, I, 771).

attività « autonoma », vincolano gerarchicamente l'agente al principale.

Aggiungo: nessuno dei connotati che le parti venivano assegnando al rapporto di agenzia o rappresentanza commerciale era tale da potersi considerare, di per sé, insolito, o estraneo alla prassi mercantile, o non riscontrabile o comunque ricevibile in qualcuno dei tipi contrattuali già noti; ma conglobandoli tutti in una nuova, particolare figura di ausiliario, si stringeva da tutti i lati — per così dire — una specie di rapporto unitario senza precedenti, rispondente, evidentemente, ad un ben preciso assetto, o *status*, sulla base del quale modellare in un certo modo e secondo un certo indirizzo il regolamento degli interessi economici di due gruppi di soggetti considerati, rispettivamente, nella veste di principali e di ausiliari.

In sostanza, con l'avvento della produzione di massa e della distribuzione capillare, le imprese industriali e commerciali si posero come obbiettivo la creazione di un intermediario dotato essenzialmente di due peculiari caratteristiche: di essere un c.d. «rappresentante» senza poteri di rappresentanza; di essere sostanzialmente un *locator operarum* senza retribuzione in quanto tale, ossia senza assumere la qualifica di lavoratore subordinato.

È appena il caso, a questo punto, di rilevare come, alle scaturigini dell'organizzazione sociale del lavoro, il contrapposto autentico, anzi il precedente, del lavoro salariato (e perciò libero) fosse il *lavoro servile*, per cogliere il significato latente, o quanto meno potenziale, di ogni forma di appropriazione del lavoro altrui al quale non si commisuri direttamente ⁽⁷⁹⁾ una

⁽⁷⁹⁾ Intendasi perciò in modo aleatorio, o nel quadro di rapporti paternalistici, ad es. con inserimento (sotto forma di lavoro domestico o familiare) in un'organizzazione gentilizia, feudale, curtense; o in genere laddove la retribuzione assuma carattere alimentare. Per un ampio *excursus* sull'alterno valore del lavoro nel tempo v. SAPORI, *Il pensiero sul lavoro attraverso i secoli*, in *Riv. dir. commerc.* 1946, I, 267, 367, 467.

Naturalmente vi è infine la formula della *locatio operis*, o contratto d'opera, per il quale la mercede è pattuita; ma anche a prescindere dalla particolare strutturazione della figura in diritto romano (basata sulla consegna della cosa su cui an-

mercede (sempreché, beninteso, non sia storicamente valida un'altra formula, quale quella dell'*honorarium* per le *operae* dette appunto, significativamente, *liberales*; o quando l'incarico, come nel mandato originario, non abbia natura genuinamente gratuita) ⁽⁸⁰⁾. Ma l'accento — non meramente simbolico, come si diceva all'inizio di questa trattazione — alla componente servile del rapporto di agenzia, si rivela curiosamente significativo, a ben vedere, anche con riguardo all'altra caratteristica imposta dagli sviluppi moderni al nostro ausiliario, poiché tipica dell'organizzazione sociale (della *familia*) romana era anche l'irrilevanza, o meglio l'estraneità ad essa, della rappresen-

dava compiuto il lavoro), ancora nella codificazione civile del secolo scorso il contratto d'opera, inteso come prestazione di lavoro autonomo, non si configura sostanzialmente se non *sub specie* di appalto, cioè avendo prevalentemente in vista la materia piuttosto che il lavoro (anche nei lavoratori manuali più modesti; e quanto ai lavoratori intellettuali o liberi professionisti il loro rapporto d'opera era di problematica sistemazione, come contratto innominato o mandato retribuito): cfr. artt. 1710, 1787 *code Nap.*, artt. 1634, 1646 cod. civ. 1865, alla luce degli artt. 1627 e soprattutto 1628 (« Nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo, o per una determinata impresa »).

In conclusione, è solo con la moderna e recentissima configurazione del lavoratore autonomo come « persona che si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente » (art. 2222 cod. civ.) che si esce in modo netto e con disciplina circostanziata (arg. ex artt. 2223 ss.) dalla secolare alternativa sopra rilevata: ma, appunto, questa più aggiornata disciplina (di cui, d'altronde, può farsi ancor oggi abuso per eludere la regolamentazione del lavoro subordinato) è posteriore. Si vedano, per taluni degli aspetti qui richiamati, CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino, 1956, pp. 7 ss.; LEGA, *Il contratto d'opera*, cit. pp. 482-3; e, per conclusioni specificamente riferite agli agenti, RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo*², in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1963, sub art. 2222, p. 161.

⁽⁸⁰⁾ Per l'originaria gratuità del mandato, e le sovrappostevi graduate eccezioni: D. 17. 1. 36. 1; Gai. 3. 162; D. 17. 1. 1. 4; D. 17. 1. 7; ed essenzialmente ULPIANO (*l. 31 ad edictum*) « Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio » (D. 17. 1. 6 pr.).

Cfr. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946; ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, pp. 3, 114; WATSON, *Contract of mandate in roman law*, Oxford, 1961, pp. 102 ss.; e, su alcuni aspetti particolari del lavoro salariato, MARTINI, *Mercennarius. Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano*, Milano, 1958.

tanza (diretta) in senso moderno, in quanto nella sfera giuridico-patrimoniale del *paterfamilias* si riversavano gli effetti dei negozi giuridici compiuti dalle *personae alieni juris* in sua potestà (sottoposti liberi e schiavi), da cui era in sostanza automaticamente rappresentato: come dire che per il *dominus* agiva appunto un... rappresentante senza poteri di rappresentanza, che era poi normalmente il *servus* (⁸¹). Mi affretto ad aggiungere che questa descrizione risente della schematizzazione inevitabile quando si voglia cogliere nella fissità di una soluzione, spesso contestata e discussa dagli interpreti, un momento della lunga e complessa evoluzione giuridica romana; ma in ciò che ho detto finora non vi sono che dati di fatto, e quanto alle costruzioni sistematiche che del fenomeno possono offrirsi, dovrò tornare in seguito sull'argomento.

È vero poi che, nella sistematica moderna, o l'agente è rappresentante o non lo è, e quindi il parallelo con il meccanismo degli effetti rappresentativi indiretti descritti nelle fonti romane può sembrare ridursi a un richiamo di allusiva e dubbia validità; ma proprio su questo punto la formazione della figura dell'agente (che stiamo esaminando in quella prassi che ne ha segnato la nascita e il consolidamento nei primi decenni di questo secolo, quando appunto non era chiaro se l'agente fosse rappresentante, o meno: dubbio che, per certi aspetti, permane tuttora) è indicativa, quanto agli effettivi poteri di rappresentanza conferitigli, di un andamento contraddittorio o quanto meno oscillante — sia negli usi, che nella giurisprudenza e in dottrina —, riflesso nell'ambiguità della famigerata clausola « salvo approvazione della casa », tuttora discussa nella natura e negli effetti, e in allora assunta quasi a fulcro problematico oltre che a parametro rivelatore del modo di essere più tipico dell'agente, come si vedrà fra poco.

(⁸¹) ARANGIO-RUIZ, *Il mandato ecc.*, cit., pp. 7 ss.; Id., *Istituzioni di dir. rom.*¹⁴, Napoli, 1960, pp. 93 ss.

15. Sia ben chiaro che, allo stadio attuale della normativa concernente gli agenti di commercio come categoria, riterrei assurdo porre (sia pure indirettamente o larvatamente) un problema di tutela di questi ausiliari, sul piano della regolamentazione giuridica e del trattamento retributivo e previdenziale, muovendo da una supposta condizione di inferiorità, da una sorta di dipendenza o vassallaggio dalle imprese preponenti, tale da legittimare proposte di correzione (per non parlare di rivendicazioni sindacali) pur in questa sede di analisi giuridica del fenomeno; al contrario, l'indagine di diritto positivo vigente non potrà che porre in evidenza i risultati progressivi (o ibridamente progressivi, come sarei tentato di dire) dovuti all'aumentata forza contrattuale della categoria, come è ormai tendenza normale nell'ambito dei rapporti di lavoro e similari, tanto più se, come nel nostro caso, gli accordi economico-normativi intersindacali risentano di un'impostazione corporativa tradizionale particolarmente accentuata, e si colleghino inoltre all'esistenza di un apposito ente previdenziale (quale l'Enasarco) ⁽⁸²⁾.

Pertanto con i precedenti richiami a quel tanto di servile e feudale che è insito nella natura dell'agente in senso lato (*agent, actor, factor*, ecc.), prescindendo dai dati economico-normativi attuali, faccio più semplicemente, e al tempo stesso sulla base di una prospettiva storica di meno effimera validità, una questione di concetti organizzativi di questo particolare settore ausiliario, una questione di strumentazione giuridica di tale organizzazione, e se si vuole una questione di *forma mentis* che è alle origini della strumentazione giuridica prescelta, indipendentemente dalla valutazione più propriamente politico-economica che si ritenga di dover dare con riguardo agli sviluppi concreti del rapporto di agenzia nella legislazione, nella con-

⁽⁸²⁾ Una rapidissima ma aggiornata sintesi delle leggi, regolamenti e accordi collettivi di maggior rilievo è in RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo*², in Commentario, cit., *sub* art. 2222, pp. 161-2.

trattazione collettiva, nelle relazioni effettivamente intercorrenti tra imprese preponenti e agenti in questo particolare periodo.

16. Sta di fatto che quando la scienza giuridica italiana, sotto lo stimolo degli sviluppi pratici e giurisprudenziali, degli esempi stranieri (oltre alle norme dello *HGB*, la legge austriaca 24 giugno 1921) ⁽⁸³⁾ e della necessità di provvedere ad una regolamentazione legislativa della materia (in concomitanza con i progetti di riforma dei codici) ⁽⁸⁴⁾, prende a considerare con sempre maggiore attenzione l'istituto dell'agenzia, la situazione che si profila (in larga aderenza al punto di vista predominante delle case mandanti) è, come si è accennato, *grosso modo* la seguente: l'agente opera attraverso un proprio esercizio autonomo; quando gode di poteri rappresentativi, le facoltà conferitegli sono piuttosto sottintese nelle modalità della preposizione all'incarico che derivanti da procura esplicita; il rapporto tipico di agenzia si differenzia da quello di lavoro subordinato e resta estraneo alla relativa disciplina. Isolati punti di vista contrastanti vengono talvolta affermati *ex parte adversa*, in sede di tutela degli interessi degli agenti ⁽⁸⁵⁾: si tende allora ad assimilarli agli impiegati, e a farne valere, più che altro nominalmente, la qualifica d'altronde corrente di «rappresentanti».

Le fondamentali necessità di definizione dell'istituto fanno sì che il dibattito (che si protrarrà ovviamente in questi termini sino all'entrata in vigore del nuovo codice) si svolga su tre que-

⁽⁸³⁾ Con vivo interesse in Italia era già stato accolto il progetto di questa legge, ampiamente commentato dal LENHOFF, in *ZHR* 83 (1920), 321; cfr. *Riv. dir. comm.*, 1920, I, 708.

⁽⁸⁴⁾ Un minuzioso resoconto dei lavori della Commissione ministeriale per la riforma della legislazione commerciale, presieduta dal VIVANTE, era stato reso di pubblica ragione (cfr. *Commissione ecc., Verbali delle adunanze plenarie* [redatti da ASQUINI], in *Riv. dir. commerc.* 1920, I, 259 ss., specie a pp. 273 ss. per quanto concerne il Capo II, sugli *Agenti di commercio* — di nuova introduzione — del Tit. VI, Libro I del progettato Cod. di commercio).

⁽⁸⁵⁾ Da ricordare come tipico e non inutile esempio di questa letteratura minore LEVI DE VECALI, *Il rappresentante di commercio ed il contratto di rappresentanza commerciale*. Milano, 1924.

stioni che, spesso frammiste, possiamo ora in prospettiva agevolmente individuare come segue:

a) accolta in linea generale l'autonomia della posizione dell'agente, debesi riconoscergli la qualifica giuridica di commerciante? e sotto quale profilo, in relazione al sistema oggettivo degli atti di commercio?;

b) si può senz'altro identificare nell'agente un « rappresentante » in senso proprio, o non si deve piuttosto negare che, almeno nella normalità dei casi, non constando di un esplicito conferimento, la rappresentanza sia connaturale alla sua attività? e come giuoca, a tale riguardo, la formula « salvo approvazione della casa », largamente adottata dalla prassi⁽⁸⁶⁾ nel contesto delle c.d. note di commissione mediante le quali l'agente raccoglie gli ordini della clientela?;

c) sotto il profilo della qualificazione contrattuale del rapporto di agenzia, si è in presenza di un mandato (commerciale) o di una locazione d'opera, eventualmente suscettibile di ulteriore specificazione?

Poche pagine saranno sufficienti, ai nostri fini, per rievocare il sostrato problematico e le soluzioni proposte alla questione *sub a)*: e non tanto perché l'interesse sia ormai puramente retrospettivo, dato il radicale mutamento poi intervenuto negli indici di commercialità quali ora risultano dall'elencazione delle attività imprenditrici enumerate all'art. 2195 cod. civ., quanto perché l'argomento fu, come è noto, analizzato esaurientemente in un saggio⁽⁸⁷⁾ che si propose, e restò di fatto, come definitivo (limitatamente allo specifico problema della qualifica di commerciante dell'agente) sino all'avvento della nuova codificazione, qualificandosi pertanto così rappresentativo di un'epoca di acuto interesse per la figura dell'agente di commercio

⁽⁸⁶⁾ Sulle forme di attuazione pratica dei compiti dell'agente cfr. LEVI DE VEALI, *Op. cit.*, pp. 43-4.

⁽⁸⁷⁾ Mi riferisco allo studio del BIGIAMI, *Sul concetto di agente di commercio*, in *Studi Urbinati* V (1931), 36 ss.

che ad esso non può fare a meno di ancorarsi idealmente, a tanta distanza di tempo e di clima culturale, il presente lavoro.

Più ampio discorso invece richiederanno gli interrogativi *sub b)* e *c)*, sia perché non privi di una più complessa reciproca interdipendenza, sia perché suscettibili di sviluppo sul filo di una problematica che, quantunque con termini spostati e rielaborati, è ancora attuale, anzi, varcando i confini programmatici e temporali della ricerca oggetto di questo primo studio, si innesta precisamente sui temi più positivi della successiva indagine sulla disciplina vigente del rapporto di agenzia.

17. Numerosi sono i problemi pratici che (in assenza di una disciplina sufficientemente, se non del tutto, circostanziata come quella attuale) si innestano sull'ammissibilità, o meno, della qualificazione dell'agente come rappresentante e come mandatario: ritenzione e privilegi, e natura e ordine di questi ultimi; revoca e recesso dal rapporto, giusta causa, risarcimento; momento di formazione dei contratti tra principale e terzi; regime fiscale ecc.: e di essi sarà trattato a suo luogo.

Ma, a cominciare dalla conseguenza pratica più rilevante (l'assoggettamento al fallimento), il problema *sub a)*, dell'assegnazione degli agenti alla categoria dei commercianti, è quello che — nel periodo di formazione della nozione che andiamo considerando — sembra attrarre con maggiore intensità l'interesse del giurista per tutta una serie di motivi, che si estendono ovviamente alle questioni concrete, ad es. di inquadramento sindacale nel nascente ordine corporativo, ma che sono essenzialmente di indole sistematica: infatti il giurista, lo studioso (al quale risale nel nostro ambiente giuridico la paternità di tutte le nozioni che la giurisprudenza per suo conto intuisce, adotta, rielabora) si trova fra le braccia questo nuovo frutto della pratica mercantile, un intermediario che non « commercia » in proprio (si badi: né in proprio conto, né in proprio nome), e che tuttavia in proprio « lavora », e ciononpertanto non è a disposizione di ogni primo venuto, bensì è vincolato durevolmente ad eseguire

delle particolari operazioni — procacciamento di affari — di natura commerciale (quanto meno nel significato corrente, se non tecnico-giuridico, del termine) a favore di quel commerciante — o di quel numero limitato di commercianti — che a tale incarico lo hanno preposto, talvolta munendolo di poteri di rappresentanza, senza peraltro in ipotesi inserirlo come subordinato nella propria azienda, e lasciando invece che egli se la sbrighi mediante un proprio esercizio, ossia mediante una propria *organizzazione più o meno complessa* ⁽⁸⁸⁾.

Di fronte a questa sequela, direi a questo contrappunto di caratteristiche, nessuna meraviglia che non solo insorgesse il problema se un simile intermediario fosse commerciante, ma si ponesse soprattutto il più diretto, e perciò più imbarazzante, quesito, al quale in realtà la soluzione del primo si subordina nel sistema del codice di commercio (artt. 3 e 8): in base cioè al compimento di *quali* atti di commercio (*scil.*: esercitati per professione abituale) potesse e dovesse reputarsi commerciante l'agente ⁽⁸⁹⁾.

L'argomento, come si diceva, era stato a suo tempo esaurientemente investigato. Mi limiterò quindi a ricordare che, dopo aver nettamente distinto dall'*agente-impiegato* (nonché dalla confusa formulazione vivantiana dell'*agente-rappresentante co-*

⁽⁸⁸⁾ Apparirà subito chiara l'importanza dell'ultima precisazione sottolineata nel testo.

⁽⁸⁹⁾ Nel sistema attuale l'attribuzione della qualifica commerciale è, per molti settori economici, facilitata dalla formulazione del n. 5 dell'art. 2195, che parla genericamente di « attività ausiliarie delle precedenti » (*scil.* commerciali); anche a non volerla considerare, come è stato detto, il *refugium* di ogni tipo di attività altrimenti non inquadrabile, è certo che si tratta di categoria di particolare ampiezza, e comunque più elastica di quella degli atti di commercio per connessione, che aveva dato luogo a qualche perplessità (cfr. BIGIAMI, *Sul concetto di agente di commercio*, cit., p. 23 dell'estratto, alla nota 56, a proposito di alcune equivoche affermazioni del Rocco, *Principii*, cit., pp. 207, 259). Sulle imprese ausiliarie nel diritto attuale cfr. variamente FERRI, *Manuale di dir. comm.*², Torino, 1960, p. 71; ASCARELLI, *Corso di dir. comm. Introduzione e teoria dell'impresa*³, Milano, 1962, pp. 171 ss.; CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955, pp. 122-125; FRANCESCHELLI, *Imprese e imprenditori*³, Milano, 1964, p. 82; BRACCO, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Padova, 1960, pp. 130 ss.

me institore) la figura dell'*agente autonomo* ⁽⁹⁰⁾, il BIGIAVI ⁽⁹¹⁾ si era preoccupato di costruire unitariamente questa seconda categoria costituita da veri e propri commercianti, allo scopo precipuo di escludere che su di un'ulteriore inutilissima impalcatura si potesse poggiare una terza figura ancora, quella dell'*agente-professionista* ⁽⁹²⁾. Quest'ultima variante, infatti, era ipotizzabile qualora per il riconoscimento della qualifica di commerciante all'agente si fosse fatto ricorso al n. 21 dell'articolo 3 cod. comm., che contemplava quali atti di commercio le *imprese* di agenzie e di uffici di affari (oltre alle imprese di commissioni): e l'agente di commercio era infatti, per generale consenso, considerato commerciante quando ed in quanto la sua attività coincidesse appunto con l'esercizio di un'impresa di agenzia di affari ⁽⁹³⁾; la circostanza, quindi, che si trattasse di uno di quegli atti di commercio che il codice vincolava alla presenza dell'impresa (con tutti i dubbi che tale nozione comportò per tutto il periodo di vigenza del codice stesso) ⁽⁹⁴⁾ fa-

⁽⁹⁰⁾ Conf., sia pure con minore precisione, già l'ASCARELLI, *Sulla revoca di un agente di commercio*, in *Foro ital.* 1925, I, 518.

⁽⁹¹⁾ *Sul concetto di agente di commercio*. cit.

⁽⁹²⁾ Nella pratica la questione restò però impostata per molti anni in modo alquanto diverso, perché, come diremo tra poco nel testo, la giurisprudenza si limitò quasi sempre ad una scelta tra l'alternativa agenzia-impresa e agente-impiegato. D'altronde anche la formula agente-professionista si sarebbe comunque, eventualmente, dovuta trasformare piuttosto in quella di agente-lavoratore autonomo; anche di ciò *infra*.

⁽⁹³⁾ Dottrina dominante, come ricorda il BIGIAVI, *Op. ult. cit.*, p. 12, rimettendosi per tutti all'autorità del VIVANTE. In altre parole, nonostante l'agenzia d'affari avesse anche e soprattutto, specialmente all'inizio, un diverso significato, quando si presentò il problema dell'inquadramento dell'agente di commercio sembrò naturale risolverlo con l'assimilazione all'agente d'affari, e ciò forse non solo per la forza dell'omonimia (che pure ebbe il suo peso), ma anche perché, probabilmente, come in Francia le nozioni di *agenzia di affari* e di *commissione* in senso lato erano state in varie occasioni avvicinate, così da noi un ulteriore anello di avvicinamento era stato, sia pure fuggevolmente, suggerito dallo SRAFFA, che considerava l'opera dell'agente a mezzo fra la *commissione* e la *mediazione* (*Op. cit.*, p. 33).

⁽⁹⁴⁾ Cfr. per tutti ARCANGELI, *La natura commerciale delle operazioni di banca*, in *Riv. dir. comm.* 1904, I, 32; SCIALOJA A., *Sul concetto d'impresa come atto obbiettivo di commercio*, in *Foro ital.* 1908, I, 157 (e in *Saggi di vario diritto*.

ceva sì che, se di fatto l'esiguità per non dire l'assenza della organizzazione posta in essere dall'agente di commercio impediva di ravvisare in essa l'impresa (almeno secondo l'accezione di questo termine accolta dalla dottrina dominante, che faceva capo appunto al criterio organizzativo) ⁽⁹⁵⁾, tale modesto agente di commercio, né impiegato né commerciante, doveva essere definito (si direbbe: in mancanza di meglio; e d'altronde con conseguenze incerte quanto alla disciplina applicabile) un professionista ⁽⁹⁶⁾.

Al BIGIAVI parve appunto inaccettabile questo corollario, tanto che tutta la sua argomentazione è intesa precisamente ad eliminarlo, per motivi in linea di massima da condividersi (salvo alcune perplessità che potrebbero sorgere *a posteriori*, come vedrò di chiarire tra poco) ⁽⁹⁷⁾.

I, Roma, 1927, pp. 329 ss.); MONTESSORI, *Il concetto di impresa negli atti di commercio dell'art. 3 cod. di comm.*, in *Riv. dir. comm.* 1912, I, 408; Rocco, *Principii*, cit., pp. 182 ss.

⁽⁹⁵⁾ Restava, per la verità, la possibilità di utilizzare la nozione di impresa impropria, sviluppata da ARCANGELI e SCIALOJA (negli scritti citati alla nota precedente) sotto il profilo di un semplice esercizio sistematico di molteplici operazioni; il BIGIAVI (*Op. cit.*, p. 21) osserva che, poiché premessa della qualifica di commerciante in tal caso resta comunque l'abitualità, analogo risultato si ottiene anche facendo leva sull'abitualità del compimento da parte dell'agente di altri atti di commercio semplici, poi identificati nelle operazioni di mediazione di cui al n. 22, art. 3; ciò è senza dubbio esatto, ma importa che il ricorso a questa seconda soluzione, caldeggiata dal B., si presenti allora eventualmente come utile e opportuno, ma certo non necessario.

⁽⁹⁶⁾ V. sopra, alla nota 92; e le considerazioni che seguiranno nel testo.

⁽⁹⁷⁾ Si trattava in sostanza, come vedremo subito, di evitare una disparità di trattamento a seconda delle dimensioni dell'esercizio dell'agente, che non era giustificata *de iure condito*, in assenza di una disciplina speciale per il piccolo commerciante analoga a quella attualmente prevista per la piccola impresa. Naturalmente questo ragionamento presupponeva il disconoscimento di ogni ipotesi di lavoro autonomo, in quanto tale regolato diversamente dall'attività del commerciante anche piccolo. Non solo concettualmente, ma anche di fatto, il lavoro autonomo poneva invece anche allora, se non vado errato, quei problemi di tutela giuridica e sociale che insorgono soprattutto quando esso mascheri effettivi rapporti di lavoro subordinato, e che sono stati affrontati legislativamente a più riprese nel corso degli ultimi anni, e non solo con riferimento al singolo lavoratore, ma da ultimo anche su un piano più sistematico, con la nota legge 23 ottobre

È noto che, per sfuggire alle conseguenze comportate dal richiamo al n. 21 dell'art. 3, e relativa necessità della presenza dell'impresa, il nostro a. (dovendo ricorrere evidentemente ad un altro fra gli atti di commercio elencati in tale disposizione, che tuttavia non richiedesse il requisito dell'organizzazione ad impresa) ritenne di poter utilizzare il n. 22, che — abbastanza incongruamente, in verità — contemplava le semplici « operazioni » di mediazione in affari commerciali, per concludere dimostrando che l'agente di commercio effettuava abitualmente tali operazioni di mediazione (pur non coincidendo, ovviamente, con la figura del mediatore, data una serie di differenze che, peraltro, avrebbero tutte fatto capo alla stabilità del suo incarico) ed era quindi commerciante sotto tale profilo, indipendentemente dalla maggiore o minore complessità del suo esercizio professionale, vale a dire presenza o meno di dipendenti, utilizzazione di una sede fissa o di un recapito fluttuante, ecc.

Resta solo da ricordare che su questa tesi sembra chiudersi, nell'ambito del sistema allora vigente, ogni dibattito dottrinale: pur non esplicitamente accolta (^{97-bis}), essa non risulta confutata. Non altrettanto può dirsi della giurisprudenza (⁹⁸), che in di-

1960 n. 1369, concernente il divieto dell'interposizione e intermediazione nel lavoro e la disciplina degli appalti di opere e servizi.

È interessante rilevare come molti dei suddetti inconvenienti fossero già chiaramente individuati e lamentati, ad es., dal LEVI DE VEALI, *Estensione della legislazione del lavoro ai pseudo lavoratori autonomi*, in *Riv. imp. priv.* 1936, 109.

(^{97-bis}) Ad eccezione, a quanto mi consta, dell'ASCARELLI, *Appunti di dir. commerc.*², Roma, 1933, p. 108; *Appunti*³, Roma, 1936, p. 143 (il quale ne parla tuttavia come di una possibile alternativa al n. 21). Recentemente, mentre il BIGIAVI sembra confermare il proprio pensiero (cfr. *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1953, 1120), si veda *contra* ROTONDI, *Contratto di agenzia, ausiliari dipendenti dell'impresa e mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, I, 241.

(⁹⁸) Non è anzitutto senza significato che taluni repertori di giurisprudenza continuino, fino al momento della nuova codificazione, a ignorare la voce « Agente di commercio », per fare piuttosto rinvio alla voce « Institore, Rappresentante ecc. ». Quanto alle decisioni che confermano i rilievi fatti nel testo mi limiterò a ricordare Cass. 21 maggio 1935, in *Rep. Foro ital.* 1935, 283; Mag. Lav. Roma 3 aprile 1935, in *Riv. imp. priv.* 1935, 324; Cass. 12 aprile 1933, *ivi* 1933, 205; Trib. Na-

verse successive occasioni continua ad attenersi al tradizionale criterio di collegare all'esercizio di una c.d. agenzia di affari la qualifica di commerciante dell'agente; e va precisato, d'altronde, che l'ipotesi del *tertium genus* (dell'agente professionista) sembra di fatto non porsi ⁽⁹⁹⁾, in quanto — mi sembra di poter dedurre — la questione resta superata da una certa propensione della magistratura a considerare come unica alternativa valida, quando l'attività dell'agente non raggiunga le dimensioni dell'impresa, il riconoscimento dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato. E in sostanza si può affermare che l'importanza stessa della sgradita attribuzione della qualifica di commerciante si va nel frattempo restringendo all'applicabilità o meno delle norme in materia di scritture contabili e di fallimento, posto che per ogni altra questione interessante i rapporti tra preponenti e ausiliari si può ormai far capo ⁽¹⁰⁰⁾ all'accordo economico del 1935 ⁽¹⁰¹⁾ applicabile agli agenti veri e propri, ove le modalità del vincolo di dipendenza dal preponente non giustifichino piuttosto, come dicevo, l'applicabilità

poli 1° aprile 1936, in *Dir. Fallim.* 1936, 1173; più elasticamente definiscono l'agente una figura « atipica », che ha della mediazione e del mandato, Cass. 10 maggio 1938, n. 1570, in *Rep. Foro ital.* 1938, 1037 e Cass. 5 luglio 1939, n. 2337, *ivi*, 1939, 980.

⁽⁹⁹⁾ Tanto più che interviene nel frattempo la regolamentazione corporativistica risultante dall'accordo economico collettivo tra le associazioni dei commercianti e degli agenti di commercio 25 maggio 1935 (d. 5 luglio 1935 n. 1203; vedilo in *Riv. dir. commerc.* 1935, I, 514; *ivi*, a pp. 505 ss., ASQUINI, *Il rapporto di agenzia commerciale nell'accordo economico collettivo 12 luglio 1935* [quest'ultima data è quella della pubblicazione nella *Gazz. Uff.*]); analoga disciplina era già stata disposta, con un accordo 12 ottobre 1931, per gli agenti di assicurazione.

⁽¹⁰⁰⁾ È opportuno osservare che ciò non corrispondeva al vero prima dell'intervenuto accordo, quando sul problema della scelta delle norme applicabili ai singoli aspetti del rapporto si accavallavano problemi non omogenei di definizione della figura dell'agente (che, a seconda della prospettiva, poteva apparire commerciante, mandatario, locatore d'opera, lavoratore subordinato, rappresentante ecc., con possibilità di cumulo di talune di queste qualifiche, e quindi di scelta di normative); deve si anche dire, tuttavia, che non tutte le questioni di possibile insorgenza fecero oggetto di regolamentazione nell'ambito del citato accordo: non così, ad es., quella del privilegio spettante all'agente per quanto dovutogli, su cui in precedenza cfr. BIGIARI, *Sul privilegio del c.d. rappresentante di commercio*, in *Annuario di dir. compar. e studi legisl.* VII (1933), III, 419.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. sopra, alla nota 99.

dei contratti collettivi di lavoro (subordinato), anch'essi venuti assestandosi in funzione dell'ordinamento corporativo nello stesso volger di anni.

18. Si è già accennato come tutta l'argomentazione, che abbiamo così succintamente riassunto, sia in linea di massima accettabile: e del resto ha avuto una sua funzione di inquadramento sistematico, che sarebbe oggi inutile riesplorare portandoci sullo stesso terreno di allora e utilizzando gli stessi schemi concettuali. Può essere opportuno, piuttosto, considerare certi sviluppi potenziali, di interesse permanente, di quella tematica.

Anzitutto, circa la configurabilità dell'attività dell'agente come una serie di operazioni di mediazione: certo, l'affinità è notevole; ma non vi è, peraltro, perfetta collimanza; anzi, secondo l'insegnamento tradizionale, la mediazione è contraddistinta da caratteristiche particolarissime, che vengono praticamente tutte a cadere proprio per il solo fatto che l'elemento veramente comune ai due istituti in esame, ossia l'avvicinamento dei potenziali contraenti, avviene ad opera di un intermediario che è vincolato stabilmente alla cura degli interessi di una delle due parti ⁽¹⁰²⁾. Beninteso, anche il requisito dell'imparzialità del mediatore può essere ridimensionato, mettendo in rilievo come si tratti non già di una necessità logica inscindibilmente connaturata alla nozione di mediazione, bensì di una norma che si giustifica solo con riferimento ad una particolare, storicamente determinata, disciplina positiva di un certo tipo di mediazione; ma da un lato, nella visione della dottrina che in tal senso argomenta, occorre allora ipotizzare, oltre alla mediazione tipica (acontrattuale) contemplata dalla nostra le-

⁽¹⁰²⁾ Evidentemente secondo BIGIAMI, *Sul concetto di agente di commercio* cit., questo particolare atteggiamento dell'agente importa una sua differenziazione dalla figura del mediatore, ma non una diversa natura delle singole operazioni da lui eseguite, che anzi esaurirebbero gran parte della sua attività (*ibid.*, p. 23). *Contra* CARRARO, cit. alla nota 104.

gislazione, una mediazione in senso ampio (negoziale, lasciata all'autonomia delle parti) ⁽¹⁰³⁾; e, d'altro lato, sempre questa stessa dottrina giudica incompatibile pur con la mediazione negoziale atipica il contratto di agenzia, per l'incidenza che sull'essenza stessa di quest'ultimo rapporto avrebbe la sua caratteristica di durevole stabilità ⁽¹⁰⁴⁾, mentre tale considerazione non verrebbe in rilievo, ovviamente, per la diversa figura del procacciatore occasionale di affari, rendendo possibile limitatamente a questo caso l'accostamento alla mediazione parziale ⁽¹⁰⁵⁾.

Con questo, peraltro, si vuole soltanto osservare che, dal punto di vista della descrizione « giuridica » dell'attività dell'agente come attività commerciale, il ricorso al n. 22 dell'articolo 3 cod. comm. presentava difficoltà almeno non inferiori a quelle che per altro verso si potevano incontrare assimilando invece l'agenzia commerciale alla c.d. agenzia di affari di cui al n. 21. La verità pura e semplice è, naturalmente, che nessuno degli atti di commercio elencati all'art. 3 descriveva puntualmente il lavoro dell'agente: si trattava, è chiaro, di una *prestazione di servizi*, che oggi ricomprendiamo tranquillamente fra le « attività ausiliarie », resolvendo così senza inciampi il problema della qualificazione commercialistica dell'istitu-

⁽¹⁰³⁾ Sulla configurazione della mediazione descritta nel testo cfr. CARRARO, *La mediazione*, cit., a pp. 31, 37, 66, 79, 126, 143 ss. Si veda anche FERRI, *Manuale*, cit., pp. 765 ss.; FERRARA, *Gli imprenditori e le società*⁴, Milano, 1962, pp. 135 ss.; e, con diversa impostazione, MINERVINI, *Mandato, commissione, spedizione, agenzia, mediazione* (*Rassegna di giurisprudenza*), in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1948, 653, a pp. 668 ss. Decisamente nel senso della necessità che il mediatore sia imparziale, per il periodo che stiamo considerando cfr. Cass. 7 marzo 1935, in *Foro ital.* 1936, I, 97.

⁽¹⁰⁴⁾ CARRARO, *Op. ult. cit.*, pp. 96 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ CARRARO, *Op. ult. cit.*, pp. 96 ss., 126 ss.; conf. MINERVINI, *Agente occasionale o mediatore parziale?*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXX (1951) I, 89. Sull'attività del c.d. procacciatore d'affari cfr. da ultimo FERRERI, *La figura di procacciatore di affari*, in *Il dir. dell'econ.* 1956, 806; FORMICGINI, *Il procacciatore occasionale di affari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1952, 1215; SALIS, *Il « procacciatore di affari »*, in *Riv. dir. comm.* 1963, I, 269.

to ⁽¹⁰⁶⁾; ma questo è senno di poi. Nel sistema previgente, invece, la locazione d'opera, per quanto complessa — come quella che ora trasmoda nell'appalto —, si innestava sul neutro impianto civilistico (cfr. artt. 1568, 1570, 1627 cod. civ. 1865) e non poteva, in sé considerata a qualsiasi livello dimensionale, assumere carattere commerciale se non con il sostegno di uno specifico *nomen* enumerato dall'art. 3, spesso difficile da rintracciare (laddove oggi le più comprensive categorie dell'articolo 2195 cod. civ. forniscono appigli assai più generosi, massime appunto il n. 5).

Ma non vi erano altri atti di commercio, fra quelli elencati, in cui si potesse ravvisare la « copertura » dell'attività dell'agente? Rispondo: non tali da soddisfare le esigenze che avevano indotto il ricordato scrittore alla soluzione da lui caldeggiata dell'accostamento alle « operazioni di mediazione ».

19. Potrei infatti suggerire un altro richiamo, che non mi consta essere mai stato tentato quando si oscillava soltanto fra le dubbie analogie tra agenzia di commercio e mediazione, ovvero agenzia di commercio e agenzia di affari: eppure, a ben vedere, si sarebbe anche potuto pensare a quel n. 6 dell'art. 3 che contemplava le imprese di somministrazione, se non altro perché la somministrazione (di cui il codice prevedeva appunto l'impianto ad impresa) non era affatto disciplinata come tipo contrattuale, e insomma non era definita in alcun modo, salvo per quel tanto di connotati genericamente costitutivi della nozione che erano impliciti nell'accezione corrente del termine, e in base ai quali poteva dirsi soltanto (e neppure di sicuro: comunque non sempre unanimemente) che per somministrazione aveva da intendersi una prestazione continuativa o periodica di cose o di *servizi* ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ Salvo riproporre, per altri aspetti, un'ampia problematica sulle imprese ausiliarie, su cui dovremo diffonderci a suo luogo.

⁽¹⁰⁷⁾ Rimando per tutti a Rocco, *Principii*, cit., pp. 186-8. Più restrittiva la

Naturalmente nei contributi degli studiosi che si occupano dell'argomento si tendeva in vario modo a delimitare con maggior precisione e rigore, soprattutto sulle orme della dottrina tedesca, i tratti caratteristici del nuovo tipo di contratto, ad esempio insistendo sulla necessità che la durata fosse specificamente qualificata dalla periodicità anziché dalla continuità: « la durata divisa dalla periodicità, non acquista per la somministrazione alcun valore » ⁽¹⁰⁸⁾; e, soprattutto, richiedendo che oggetto delle prestazioni ripartite fossero cose, e non servizi (requisito che, a ben vedere, si collegava al precedente, tanto da condurre ad identificare senz'altro nella ripetizione periodica della prestazione la causa stessa del contratto) ⁽¹⁰⁹⁾.

Si sa che quest'ultima caratterizzazione della somministrazione (in cui taluni però continuano a ravvisare una categoria logica, prima che di diritto positivo, applicabile a tutti i contratti che si trasformino da istantanei a duraturi o reiterati) ⁽¹¹⁰⁾, la caratterizzazione, dicevo, basata sulla sola prestazione di cose, è stata accolta dal legislatore del 1942 (art. 1559 cod. civ.; cfr., però, l'art. 1677, ed il significativo rinvio in esso contenuto).

Ciò non toglie, tuttavia, che nel sistema previgente, a fronte della più generica nozione-cornice evocata dalla somministrazione, per la prestazione d'opera consistente nello stabile incarico di procacciamento d'affari (altrimenti innominata), fosse anche concepibile e ipotizzabile (non dico che fosse senz'altro da accogliersi) la sussunzione nell'atto di commercio designato come impresa di somministrazione: tanto più che, in significativa corrispondenza a questa possibilità logica, il primogenito dei

concezione di MONTESSORI, *Il concetto di impresa negli atti di commercio ecc.*, cit., a pp. 436 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ MOSSA, *Il contratto di somministrazione*, Roma, 1915, p. 9.

⁽¹⁰⁹⁾ *Ibid.*, pp. 115-137.

⁽¹¹⁰⁾ Sulle questioni appena accennate nel testo cfr. ora CORRADO, *La somministrazione*, in Trattato Vassalli, Torino, 1952, pp. 28 ss.; in genere v. anche GIANNATTASIO, *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, in Trattato Cicu-Messineo, Milano, 1960, pp. 175 ss.

nostri codici di commercio, quello del 1865, accomunava⁽¹¹¹⁾ appunto al n. 3 dell'art. 2 « le imprese di somministrazioni, di agenzie, di uffici di affari » (oltre che di spettacoli pubblici, concepiti evidentemente sotto il profilo della prestazione di servizi: o forse per riunire in una sola categoria le *officinae vitiorum*, ancor prima che il VIVANTE⁽¹¹²⁾ si preoccupasse di mettere in tal modo in guardia da talune agenzie d'affari, dall'apparenza innocente di *officinae contractuum*).

Del resto lo stesso MOSSA, che alla configurazione della somministrazione in senso moderno dava il proprio decisivo contributo, riconosceva realisticamente e nettamente la « stretta affinità » tra questo contratto e il più flessibile e generico contratto di locazione d'opera, sottolineando tra l'altro proprio quell'aspetto della *commercialità*⁽¹¹³⁾ che era ammissibile a suo avviso riallacciare all'esplicazione del lavoro personale solo trasferendolo appunto sul piano della somministrazione, in quanto possibile⁽¹¹⁴⁾.

(111) La norma è, ovviamente, ripresa dall'art. 632 *code de commerce*, che si riferiva a « *toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires* » ecc.

(112) VIVANTE, *Trattato*, cit., I, p. 114.

(113) MOSSA, *Op. ult. cit.*, p. 116.

(114) *Ibid.*, p. 117. Analogamente Rocco, *Principii*, cit., p. 185. Nel nuovo ordinamento, che evidentemente ha avvicinato in modo definitivo la somministrazione alla vendita, cfr. tuttavia le interessanti osservazioni di DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, pp. XV, 296-8; in precedenza v. FERRI, *Vendita con esclusiva*, in *Dir. e prat. comm.* 1933, 270, specie a pp. 381 ss.; FRANCESCHELLI, *Natura giuridica della compravendita con esclusiva*, in *Riv. dir. comm.* 1939, I, 236, a pp. 260-262 (e questo a. non solo sottolineava le persistenti divergenze tra vendita e somministrazione, ma faceva anche un significativo accenno alla probabile derivazione di quest'ultima dall'apalto: *ibid.*, p. 262).

Non ho bisogno, credo, di richiamare l'attenzione del lettore sul fatto che nel testo l'accostamento tra agenzia e somministrazione avviene dal punto di vista opposto a quello che di solito induce (come si verifica in tutti gli aa. qui citati) a considerare comparativamente la somministrazione e le attività di distribuzione dei prodotti attuate appunto con i contratti di agenzia, di commissione, e soprattutto di compravendita con esclusiva (c.d. concessione di vendita: e cfr. un interessante accenno appunto al concessionario, considerato una figura a mezzo tra il somministrato e l'agente, in TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*¹⁴, Padova, 1964,

20. Ma evidentemente (per riprendere il filo del discorso avviato sopra, alla fine del n. 18) anche ammettendo in via di ipotesi — e facendo leva su una generica concezione della somministrazione che è stata poi respinta in sede di definitiva configurazione del contratto di somministrazione nel diritto vigente — che l'attività dell'agente potesse profilarsi come prestazione ripetuta o continuata (e quindi come impresa di somministrazione) di servizi, tale pur plausibile assunto non avrebbe minimamente contribuito alla soluzione dell'unica difficoltà che il BIGIAVI si era proposto di aggirare con la sua ricerca di un atto di commercio diverso da quell'impresa di agenzia di affari contemplata all'art. 3, n. 21: e cioè lo squilibrio rappresentato dalla difforme normativa che ad attività tipologicamente identiche si sarebbe applicata in ragione della presenza, o meno, dell'impresa. Anzi, non solo non si sarebbe superata quella difficoltà, ma la si sarebbe sotto un certo aspetto aggravata, perché con il ricorso all'impresa di somministrazione di cui al n. 6, art. 3 cod. comm., più difficilmente si sarebbe potuto ripiegare sulla nozione di « impresa impropria » (ossia indipendente dalle dimensioni organizzative e coincidente in pratica ⁽¹¹⁵⁾ con la mera abitudine) che era invece applicabile, stando alle autorevoli opinioni già sopra ricordate ⁽¹¹⁶⁾, alle agenzie di affari.

p. 148). Non alludo infatti, come è chiaro, alla somministrazione di prodotti attraverso ausiliari e rivenditori, bensì all'agente come *somministrante* di un servizio nei confronti del suo preponente, il che è possibile ove si ravvisi nella prestazione di un servizio l'essenza della somministrazione: costruzione plausibile nell'ambito della teoria negli atti di commercio, come riconosceva acutamente lo stesso FERRI, *Op. ult. cit.*, a p. 383, nota 2.

⁽¹¹⁵⁾ Salvo per le precisazioni dell'ARCANGELI (sulla distinzione tra impresa costituita *in vista* dell'esercizio, e commerciante che *effettivamente* la esercita) richiamate da BIGIAVI, *Op. ult. cit.*, p. 19 (dell'estratto), nota 40, i.f.

⁽¹¹⁶⁾ Il primo accenno alla distinzione tra le due categorie di imprese è fatto dall'ARCANGELI, *La natura commerciale delle operazioni di banca*, cit., a p. 52: fra quelle in cui non sarebbe necessaria l'organizzazione capitale-lavoro questo a. peraltro menziona solo le imprese librarie e quelle del n. 21; successivamente, tuttavia, lo SCIALOJA A., *Sul concetto d'impresa ecc.*, in *Saggi*, cit., a p. 330, annovera, sia pure di sfuggita, fra queste, che egli definisce « imprese improprie »,

Per concludere su questo particolare episodio del faticoso processo di definizione della figura dell'agente, restano da fissare solo alcune considerazioni che penetrino nella sostanza stessa della questione, *la quale è stata sin qui dibattuta sul presupposto che vi fossero validi motivi* per la ricerca di un tipo di atto di commercio sotto cui legittimamente sussumere tutte indistintamente le manifestazioni dell'attività dell'agente. Sotto questo profilo, va riconfermato che là dove il sistema del codice di commercio non distingueva fra commerciante ordinario e piccolo commerciante, l'esigenza di non creare differenze di disciplina fra commerciante e commerciante era pienamente giustificata, onde non trasformare in un'arbitraria distorsione *de iure condito* quella enucleazione della piccola impresa dalla disciplina ordinaria del commercio, che era d'altronde generalmente auspicata e in gestazione *de iure condendo* ⁽¹¹⁷⁾.

Tuttavia vi è un altro aspetto da considerare. Infatti, quanto all'impostazione di coloro che, con riferimento alla posizione dei piccoli agenti di commercio, ne rivendicavano la qualifica di « professionista », esattamente si replicava che « ogni commerciante è un professionista » ⁽¹¹⁸⁾: ma altrettanto esattamente si sarebbe allora potuto rilevare che non ogni professio-

anche le imprese di somministrazioni; ma in questo caso la tesi è forse più discutibile, tanto che anche il richiamo che ne fa l'ASCARELLI, *Sull'acquisto della qualità di commerciante nell'artigiano*, in *Foro ital.* 1931, I, 417, 418 è più ambiguo; e che, eliminando nella maggior parte dei casi il requisito dell'impresa, i progetti di codice di commercio del 1922 (art. 2, n. 7) e del 1925 (art. 3, n. 8) lo mantengono nel caso delle somministrazioni.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr., oltre a quanto ricordato dallo stesso BIGIAMI, *Op. cit.*, p. 31 (nota 85), anche ASCARELLI, *Op. loc. ult. cit.*; nonché i citati progetti Vivante del 1922 (art. 7) e D'Amelio del 1925 (art. 8). Quanto al successivo progetto Asquini del 1940, all'agente di commercio non sembrano applicabili le regole sulla piccola impresa commerciale (arg. ex artt. 2 e 10), ma ciò deve attribuirsi, ritengo, al fatto che in realtà si evita in linea di principio di dichiarare esplicitamente la qualità di commerciante dell'agente, ed è quindi sottaciuta anche l'eventuale qualità di piccolo commerciante. Vi è tutto uno sviluppo, dal progetto del 1922 a quello del 1940, per offuscare la qualifica di commerciante del nostro ausiliario, sul quale dovremo tornare con più dettagliate considerazioni.

⁽¹¹⁸⁾ BIGIAMI, *Op. cit.*, p. 16 (nota 34).

nista è un commerciante. E a questo punto, in realtà, entra in giuoco, al di là delle definizioni sul cui valore terminologico occorre intendersi nel modo più netto, tutta una concezione delle qualifiche giuridiche, oltre che sociali, del lavoro, che ha riflessi attualissimi. Anche a mio avviso, l'attribuzione della qualifica di « professionista » all'agente di commercio (così come, del resto, ad altre figure analoghe: spedizioniere, mediatore, agente di cambio ecc.) è inaccettabile, per le particolari connotazioni di quella qualifica e per il tipo di regime giuridico che, tradizionalmente e di fatto (in una ormai vasta legislazione speciale), lo *status* professionale liberale — quale è quello che si ricollega al termine professionista propriamente usato — porta con sé: ossia per una serie di motivi già ampiamente toccati in altra sede ⁽¹¹⁹⁾.

Peraltro vi sono figure professionali, sia nel sistema dei vecchi codici che in quello attuale, che senza essere professionisti nel senso testé implicato (e che d'altronde corrisponde puntualmente alla normativa degli artt. 2229 ss. cod. civ.: Tit. III, Del lavoro autonomo, Capo II, Delle professioni intellettuali) neppure sono commercianti, o imprenditori commerciali che dir si voglia. Tipica, a questo riguardo, la categoria degli artigiani, di cui era pacifico che non fossero commercianti prima ⁽¹²⁰⁾, e che oggi sono non già imprenditori ordinari, bensì piccoli imprenditori (non importa se commerciali o, come deve piuttosto ritenersi, civili) ⁽¹²¹⁾. E tipica anche la categoria di tutti coloro che, senza essere né commercianti, né impiegati (ossia lavora-

⁽¹¹⁹⁾ Mi sia consentito rinviare, a tale riguardo, a ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, pp. 209 ss. (nota 73); e più ampiamente, sul concetto di professionista, *ibid.*, pp. 151-165.

⁽¹²⁰⁾ Sia sufficiente il rinvio a BOLAFFIO, *Il diritto commerciale*², Torino, 1922, pp. 120, 141-2; a Cass. 31 gennaio 1931, in *Foro ital.* 1931, I, 417; e al progetto Asquini del 1940, che perentoriamente riconferma: « Non è considerato commerciale l'esercizio professionale dell'artigianato » (art. 2).

⁽¹²¹⁾ CASANOVA, *Le imprese commerciali*, cit., pp. 120 ss.; FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, cit., pp. 48 ss.; anche su questo argomento, per maggiori riferimenti bibliografici cfr. ZANELLI, *Op. cit.*, pp. 180 ss.

tori subordinati), esercitano un qualsiasi mestiere in posizione autonoma, e che sono tutti pertanto lavoratori autonomi in senso lato (fra cui si distinguono, appunto, i professionisti, e i lavoratori autonomi in senso stretto; e si distinguevano gli artigiani, oggi *in quanto tali* — e cioè quando dotati di una sia pur modesta organizzazione, e non semplici mestieranti — ricompresi tra i piccoli imprenditori) ⁽¹²²⁾.

In altre parole, quando ancora non si era delineata nel nostro ordinamento (a differenza di quello tedesco) la nozione di piccola impresa, ben potevasi ugualmente concepire che, accanto agli agenti commercianti perché esercitanti un'impresa di agenzia, vi fosse la seconda categoria degli agenti, non già professionisti ⁽¹²³⁾, bensì lavoratori autonomi in quanto sprovvisti affatto di organizzazione (anche se, in effetti, per questi ultimi fosse poi più facilmente configurabile, e in genere concretamente configurato — come dicevo — un rapporto impiegatizio di natura completamente diversa). Nel sistema attuale, la scala della complessità organizzativa è ulteriormente articolata su di una gamma più estesa, dato l'inserimento del terzo gradino intermedio della piccola impresa, che si colloca — per le ridotte

⁽¹²²⁾ Conf., per tutti, FRANCESCHELLI, *Imprese e imprenditori*, cit., pp. 200 ss.

⁽¹²³⁾ Come li definiva ancora (nell'ambito della disciplina del contratto di agenzia, e non già della figura dell'agente, per i motivi accennati sopra, alla nota 117) la *Relazione al progetto preliminare del codice di commercio* (Asquini), Roma, 1942, § 106, p. 136. E d'altronde il VIVANTE aveva già osservato: « la pratica commerciale in queste denominazioni va poco pel sottile: spesso copre di nomi pomposi umili uffici » (*Trattato*, cit., I, p. 300).

Non più tardi del 1952, infine, si svolgeva alla Camera una discussione in tema di disciplina delle locazioni urbane, ampiamente riportata dal FORMICGINI, *Il contratto di agenzia*, cit., pp. 27 ss. (nota 14) e che costituisce un esempio forse non raro, ma certo ragguardevole nel suo genere, di argomentazione pseudo-giuridica: perché ad un relatore di minoranza che chiedeva di equiparare, con apposito emendamento, i rappresentanti ed agenti di commercio ai professionisti agli effetti dell'applicazione delle leggi vincolative delle locazioni, l'allora ministro di Grazia e Giustizia rispondeva respingendo l'emendamento, considerato perfettamente inutile, posto che né in dottrina né in giurisprudenza potevano sussistere dubbi di sorta sulla qualità di professionisti, anziché di commercianti, degli agenti di commercio!

dimensioni quantitative e qualitative dell'organizzazione — a metà strada (anche sotto il profilo della disciplina) ⁽¹²⁴⁾ fra la impresa ordinaria organizzata e il lavoro autonomo privo di ogni organizzazione (e perciò, se stabilmente collegato a un datore di lavoro, quasi sempre assimilabile al lavoro subordinato per l'effettivo vincolo di dipendenza che di fatto immancabilmente si profila).

A seconda quindi del concreto atteggiarsi della sua attività l'agente di commercio può oggi indifferentemente collocarsi nell'una o nell'altra delle posizioni così puntualizzate; riepilogando: imprenditore, piccolo imprenditore, lavoratore autonomo; inoltre, analoga funzione può essere svolta invece in dipendenza di un rapporto di lavoro subordinato, ma in tal caso non potrà più parlarsi di agente in senso proprio; questo ausiliario dipendente potrà essere allora designato con denominazioni disparate (agente, viaggiatore, rappresentante, produttore, ispettore ecc.), ma si tratterà in ogni caso di quella figura che, giuridicamente definita « commesso dell'imprenditore », è disciplinata dagli artt. 2210 ss. cod. civ., limitatamente ai rapporti esterni, mentre per il rapporto interno si ritiene senz'altro ⁽¹²⁵⁾ che, sia per questa come per le altre figure contemplate nella stessa sezione (istitutore, procuratore), la legge, ancorché taccia al riguardo in questo luogo, abbia in vista l'inserimento, appunto, di questi ausiliari nell'organizzazione *interna* dell'impresa commerciale, in virtù di un rapporto di lavoro subordinato ⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²⁴⁾ CASANOVA, *Le imprese commerciali*, cit., pp. 222 ss.; sul punto della disciplina particolare della piccola impresa anche « commerciale », considerata dai diversi aa. variante dell'impresa in senso tecnico, o contrapposta a tale nozione, cfr. BIGIAVI, *La « piccola impresa »*, Milano, 1947, pp. 11 ss., e FERRI, *Delle imprese soggette a registrazione*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma 1943, sub art. 2202, p. 724; Ib., *Manuale di dir. commer.*², Torino, 1960, pp. 38-9.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. per tutti FERRARA, *Op. ult. cit.*, pp. 101 ss.

⁽¹²⁶⁾ Non si può dire che vi sia qui più che una presunzione, anche se corroborata da una serie di motivi elencati da MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 179 (nota 165), quali la collocazione degli artt. 2203 ss., i lavori preparatori ecc.; cui aggiungerei, per lo specifico argomento dei com-

Un'ultima annotazione, che varrà ad evidenziare la continuità non solo dei termini fondamentali di ogni problematica, se vista in opportuna prospettiva, ma anche delle varie linee di soluzione perseguite a seconda degli schemi concettuali su cui si opera, e di cui talvolta ci si può avvalere per mantenere in una cornice sostanzialmente immutata il (normale) corso dell'evoluzione legislativa: avevamo rilevato come il BIGIAVI tendesse a negare la distinzione fra agente-commerciante e agente-professionista; come, d'altra parte, il termine professionista dovesse — in quella sede — essere inteso in senso lato, posto che non si faceva parola del lavoratore (locatore d'opera) autonomo; e quindi come l'idea dell'agente-professionista fosse evidentemente respinta implicitamente anche considerandolo sotto il profilo particolare (qui ipotizzato) del lavoratore autonomo. Ebbene, è noto che ancor oggi, in presenza del dato legislativo costituito dalla nuova nozione di piccola impresa, quello stesso autorevole scrittore opera in base ad una costruzione sistematica secondo cui (distinguendo radicalmente i veri e propri professionisti in ragione della natura particolare della loro attività) ⁽¹²⁷⁾ accanto all'impresa ordinaria, caratterizzata dal requisito di una sostanziale organizzazione, non vi sarebbe che la piccola impresa, caratterizzata (nell'ambito della nozione generale di impresa) dalle limitate dimensioni, ossia da una forma organizzativa così ridotta, da poter giungere, in pratica, ad annullarsi (secondo la nota formula della « auto-organizzazione ») ⁽¹²⁸⁾ ed a ricompre-

messi (viaggiatori), appunto la contrapposizione di questa regolamentazione a quella degli agenti indipendenti disciplinati a proposito del contratto di agenzia; d'altronde, trattando agli artt. 2203 ss. soltanto dei rapporti esterni, è naturale che la legge non si pronunci in questo luogo sui rapporti interni, lasciando che la collocazione dell'argomento parli da sola. Tutto ciò però potrebbe riferirsi solo all'*id quod plerumque accidit*, mentre a rigore non si può escludere che, soprattutto con riguardo all'istitutore, si debba constatare in talune ipotesi l'esistenza di un rapporto interno diverso da quello di lavoro subordinato; da ultimo cfr. BIGIAVI, *Preposizione institoria e lavoro subordinato*, in *Giur. ital.* 1963, I, 1, 235; *Id.*, *Difesa dell'« Imprenditore occulto »*, cit., pp. 166 (nota 27); e bibliografia *ivi*.

⁽¹²⁷⁾ BIGIAVI, *La « piccola impresa »*, cit., pp. 112-117.

⁽¹²⁸⁾ *Ibid.*, p. 102.

dere così ogni specie di attività economica esercitata, in forma di mestiere, dalla figura, che noi preferiamo distinguere ma di cui il BIGIAMI nega l'esistenza giuridica, del lavoratore autonomo ⁽¹²⁹⁾. E così, anche nel sistema attuale, non vi sarebbe per l'agente altra alternativa che quella di rivestire la qualifica di imprenditore (sia pure, eventualmente, piccolo) o di trasformarsi in un impiegato: soluzione che dobbiamo senza dubbio riconoscere coerente con le premesse poste trent'anni or sono dal nostro a., anche se non riteniamo di poter accoglierla per i motivi già illustrati anche altrove, e in questa sede succintamente ripresi ⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²⁹⁾ *Ibid.*, pp. 94 ss.

⁽¹³⁰⁾ Tutte le argomentazioni che ritengo pertinenti in materia sono state ampiamente svolte nel mio citato lavoro *La nozione di oggetto sociale*, specie a pp. 151-165, *passim*.

IV.

IL PASSAGGIO ALL'ATTUALE CONFIGURAZIONE GIURIDICA. MOMENTI E MOTIVI

SOMMARIO: 21. Enucleazione della figura dell'agente dalle precedenti forme di rappresentanza commerciale (in senso giuridico); la distinzione tra rappresentanza giuridica e rappresentanza economica. — 22. Posizione economica dell'agente nella nuova organizzazione dei traffici, e condizioni giuridiche della sua esistenza. L'agente e la tutela della concorrenza; l'agente e le nozioni di impresa satellite e responsabilità vicaria. — 23. Le teoriche del mandato, della rappresentanza, dell'*agency*, della prestazione di lavoro. Impianto, lineamenti e prospettive di una teoria dell'agenzia.

21. Risolta in tal modo, sul piano sistematico, la collocazione della figura, per così dire, dell'agente in sé, nella sua qualificazione professionale, occorre tornare a quei problemi che sviluppano il tema più generale della posizione dell'agente a fronte dei preponenti e dei terzi, che avevamo proposto sopra, alla fine del n. 16, *sub b) e c)*, segnalandone il rilievo decisivo in ordine alla ricostruzione dogmatica della figura, che andiamo tentando.

Si tratta, come si ricorderà, del ruolo che il rapporto di agenzia ha occupato e occupa nella sistematica del mandato e della rappresentanza.

Il cammino percorso a questo riguardo, nel periodo che stiamo considerando, è particolarmente lungo e tormentato.

Già nella descrittiva, e vorrei dire nell'atteggiamento più o meno comprensivo (simpatetico, per usare un termine di importazione) con cui l'inquadramento della figura viene affrontato, ci imbattiamo in due formulazioni antagonistiche, il cui

accostamento è senza dubbio ad effetto, ma altrettanto denso di sostanziali significati.

All'inizio del secolo, avvertiva scetticamente il DERNBURG: «Geschäftstreibende, welche sich anderen zu Diensten stellen, nennen sich oft Agenten und errichten sog. Agenturen. Ihre Tätigkeit ist mancherlei Art, Uebereinstimmung fast nur darin, dass sie Geld verdienen wollen» (¹³¹).

In epoca a noi più vicina, e certo nell'illusione che pur attraverso il formarsi e il dissolversi, talvolta tragico, dei regimi politici la società fosse in costante progresso verso un ordine nuovo, il MOSSA indicava fiducioso l'avvio ad un assestamento sistematico indipendente e ad un'adeguata tutela giuridico-sociale dell'agente come lavoratore-imprenditore con queste parole: «Con la determinazione nel codice della figura dell'agente si sono dispersi, finalmente, quei variegati tentativi di catalogarla nel cavo del mandato, come nel cavo della rappresentanza o del contratto di lavoro, tentativi che rispondevano a ispirazioni giuridiche pure ma più di una volta ad impuri interessi unilaterali» (¹³²); e aggiungeva subito, a chiarimento esplicito di quest'ultimo punto: «... secondo il sistema politico-giuridico consueto delle grandi industrie» (¹³³). Ed un'altra sua osservazione torna utile, per una profonda intuizione, tutta particolare, del nesso che quasi insensibilmente, fra tante apparenti contraddizioni e tormentate manipolazioni degli interpreti, si viene a creare tra le esigenze che sostanziano il tipicizzarsi di una nuova

(¹³¹) DERNBURG-RAAPE, *Das bürgerliche Recht*, II, 2, *Die Schuldverhältnisse*⁴, Halle, 1915, p. 600. Occorre aggiungere che talvolta neppure i più recenti tentativi di sistemazione (come quello del MÖLLER, *Wesen und Arten der Vermittlerverträge*, in *Festsch. f. Raape*, Hamburg, 1948, pp. 341 ss.) ottengono soluzioni più convincenti di quella che non fosse la definizione basata sull'indistinta smania di far denaro, quale risulta dalla visione del DERNBURG, che d'altronde per radicata convinzione, a quanto sembra, attribuiva a tutti gli intermediari una posizione puramente parassitaria nell'economia, sia pure riferendo le affermazioni in questo senso contenute nelle fonti romane sulla mediazione (*Op. cit.*, p. 589).

(¹³²) MOSSA, *Trattato*, I, cit., p. 543.

(¹³³) *Ibid.*, in nota 36.

figura e la strumentazione giuridica, sia pur talvolta imperfetta, che con il trascorrere del tempo sempre più puntualmente viene a rifletterle: «Non solamente [l'ausiliario autonomo] non fa parte del personale dipendente dall'impresa, ma di regola è esclusa la rappresentanza dell'impresa. La rappresentanza in senso tecnico, si intende [(¹³⁴)], non la cura degli interessi o quella che si chiama rappresentanza mediata, tutta propria del commissionario, o rappresentanza economica, propria degli agenti. Non è certo nell'interesse dell'impresa di affidare una rappresentanza tecnica, organica e durevole al professionista indipendente. Il suo interesse spinge ad affidarla al personale che ne dipende nella maniera più sensibile. Il potere di rappresentanza affidato a chi ha interessi autonomi e indipendenza di agire, può riservare gravi sorprese al principale. La rappresentanza mediata del commissionario, è, al rovescio, tutta studiata per assicurare l'acquisto di puri diritti da parte del principale, non già il passivo di obbligazioni, che sorgono e rimangono in capo al commissionario» (¹³⁵). Non altrimenti, per quanto concerne la riserva di libertà d'azione del principale pur a fronte del vincolo di terzi, era destinata ad operare quella clausola «salvo approvazione della casa» sulla quale abbiamo già fuggevolmente richiamato l'attenzione quanto al rilievo che essa assume nella genesi della figura dell'agente, e su cui dovremo ritornare per una trattazione *funditus*.

Tornando alla distinzione tra rappresentanza giuridica e rappresentanza economica, che abbiamo visto prospettata nel brano riprodotto, non a caso la troviamo approfondita intorno a quegli anni nel lavoro del FERRI (¹³⁶) che costituisce non solo una comprensiva illustrazione della particolare formula della

(¹³⁴) Come non ravvisare in questa precisazione l'insofferenza verso una dogmatica, che può essere certo utile in quanto usata come cosciente strumento tecnico, perché non giunga d'altronde ad oscurare la visione globale dei fenomeni da cui è stata non casualmente generata?

(¹³⁵) MOSSA, *Diritto commerciale*, I, Milano, 1937, p. 69.

(¹³⁶) *Vendita con esclusiva*, cit.

somministrazione con esclusiva, ma anche la prima sistemazione del fenomeno individuato appunto come rappresentanza economica, sul quale non erano mancati in precedenza accenni, ma con diversa accentuazione quanto alla rilevanza giuridica di un simile concetto di rappresentanza *sui generis* ⁽¹³⁷⁾. Il FERRI, in concomitanza con quanto veniva precisando anche il REDENTI ⁽¹³⁸⁾, aveva particolarmente insistito sulla radicale differenziazione che intercorreva ovviamente, sul piano tecnico, tra la rappresentanza in senso proprio (giuridico) e il concetto economico di cura di interessi altrui o di uno scopo anche altrui (la precisazione è importante, come vedremo); va da sé che tale puntualizzazione è esatta, e aggiungerò solo che è anch'essa peraltro il portato — inevitabile, nell'ambito del sistema — di quella concettualizzazione dell'idea di rappresentanza, della quale ci siamo riservati di accertare le conseguenze ai fini del nostro discorso.

22. Siamo tuttavia indotti a questo punto ad una breve ma importante digressione, intesa peraltro a completare la valutazione che della genesi della figura dell'agente — dotata esattamente di quelle certe, e non di altre caratteristiche — si è inteso dare in questo studio, anche attraverso tutte le pagine che precedono.

A misura che si procedeva nella redazione dei vari progetti di riforma dei codici, o più concretamente ci si avviava alla stipulazione degli accordi economici collettivi, si venivano ponendo regole particolari e senza precedenti, proprio in quanto dalla combinazione di questi elementi, che dirò singolarissimi, emergeva e si definiva dettagliatamente nei suoi contorni questa nuova figura di ausiliario; è appena necessario ricordare che gli ele-

⁽¹³⁷⁾ Cfr. soprattutto REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, *Dei contratti in generale*, Padova, 1931, pp. 250, 277 ss.; FREY, *Quelques mots sur la représentation de commerce*, in *Annales droit comm.*, 1899, 185; GOMBEAUX, *Des représentants de commerce*, *ivi*, 1906, 89.

⁽¹³⁸⁾ *Op. loc. ult. cit.*

menti peculiari di questo, rispetto ad ogni altro istituto affine, si riassumevano essenzialmente in una disciplina che, muovendo dalle esigenze delle imprese preponenti, si proponeva per certi aspetti di realizzarle nella forma giuridica più rigorosa, e per certi altri aspetti, ovviamente, di conciliarle con gli opposti interessi degli agenti e, talvolta, della pubblica fede: e ciò con riguardo *a)* all'assenza di rappresentanza con cui si limitava la validità delle trattative svolte dall'agente anche sulla base delle clausole «salvo approvazione», «salvo conferma» ecc.; *b)* all'assenza del rimborso delle spese occasionate dall'attività di procacciamento, diversamente da quanto tradizionalmente previsto per mandatari e commissionari; *c)* alla rigorosa subordinazione delle provvigioni al buon fine degli affari, ossia alla regolare esecuzione del contratto anche da parte dei terzi contraenti, con una serie di corollari concernenti l'esecuzione parziale e il c.d. «storno» dell'affare da parte del preponente; *d)* alla regolamentazione «forfetizzata», per così dire, delle cause di recesso dal contratto di agenzia e relativi indennizzi, anche in questo caso disformemente da quanto avrebbero comportato, rispettivamente, il mandato, ovvero un autentico rapporto di lavoro impiegatizio; ecc.

Orbene, con riferimento a tutte le questioni di preciso contenuto economico che potevano in tal modo ricevere (nelle formulazioni suggerite dai diversi progetti) soluzioni non proprio equivalenti, mi sembra particolarmente degna di attenzione una presa di posizione che si potrebbe ben definire, sul piano rigorosamente giuridico, il *diktat* delle condizioni in base alle quali le imprese principali avrebbero impostato i loro rapporti con gli agenti ⁽¹³⁹⁾. Ma ciò che è particolarmente significativo, in quell'attenta traduzione in termini giuridici di tali rapporti nella

⁽¹³⁹⁾ Alludo a un commento ai progetti di disciplina dell'agenzia, indubbiamente ispirato ad una puntuale valutazione degli interessi delle case preponenti: FRÈ, *Gli agenti di commercio nel progetto per il nuovo codice*, in *Riv. dir. comm.* 1928, I, 34.

loro concretezza, non sono già le singole precisazioni in tema di locazione d'opera, buon fine dell'affare, esecuzione parziale e storno dei contratti ecc., bensì la seguente considerazione finale: « La materia in questione è forse più delicata di quanto da molti non si pensi e ritengo perciò che gli articoli del Progetto [della commissione reale D'Amelio] che ad essa si riferiscono meritino di essere ancora rimeditati. E questo nell'interesse stesso della categoria degli agenti di commercio, poiché è bastato il timore che le norme ora esaminate siano destinate ad essere trasfuse nel nuovo codice senza modificazioni per diffondere nel mondo commerciale il convincimento che sarà per l'avvenire più opportuno di servirsi per la ricerca di affari sulle piazze lontane di impiegati a retribuzione fissa, anziché di agenti di commercio pagati a provvigione » ⁽¹⁴⁰⁾.

Pare a me che, volendo considerare queste affermazioni nei loro aspetti di ragionevole realismo, sia in esse implicita tutta quella problematica che modernamente si chiamerebbe dell'integrazione verticale delle aziende, e sulla quale qualche limitato ulteriore accenno servirà ad anticipare riflessioni e connessioni da porre poi in tutto il loro risalto, da un lato quando torneremo sul tema della rappresentanza economica, e dall'altro lato quando la continuazione della presente indagine ci portasse ad una analisi dei fondamenti e dell'operatività delle regole di concorrenza che, *de iure condito* sul piano comunitario e *de iure condendo* quanto al nostro ordinamento interno, inevitabilmente tendono a privilegiare le situazioni facenti capo a diversi contratti di ausiliarietà muniti di esclusiva, ma soprattutto proprio a quello di agenzia, in quanto contenuto sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale nei limiti che una politica legislativa ormai consolidata anche nei paesi ove più vigorosa è la disciplina antimonopolistica considera equivalenti (e quindi sotto certi aspetti preferibili) alla presenza di un'unica impresa integrata.

⁽¹⁴⁰⁾ *Ibid.*, p. 46.

Per vero, il ragionamento che abbiamo direttamente riportato (e che è del FRÈ, ma può considerarsi rappresentativo di tutta un'impostazione che ha diffusamente corso, anche per la sua innegabile aderenza ai fattori economici) presenta inaspettatamente impressionanti affinità (pur nell'incommensurabile distanza degli ambienti e delle situazioni) con una celebre presa di posizione di uno studioso americano, il DOUGLAS, che nella sua veste di giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti in una *dissenting opinion* di alcuni anni or sono analogamente prospettava, certo con diverse finalità ma in termini non dissimili, la sgradevole inevitabilità dell'alternativa fra un sistema di concessionari e agenti esclusivisti da una parte, e un sistema di integrazione verticale dell'industria dall'altra, (nel caso specifico con riferimento alla struttura del mercato distributivo dei prodotti petroliferi) ⁽¹⁴¹⁾.

Vi è da premettere, a questo riguardo, un particolare curioso: quando ci si è occupati in Italia del contratto di somministrazione con esclusiva si è spesso fatto accenno alla generale applicazione che di tale contratto si faceva in Germania nel commercio della birra, con il c.d. *Lieferungsvertrag* o *Bezugsvertrag*, in cui il fornitore somministrante si assicurava una posizione di predominio attraverso una catena di spacci del prodotto, talvolta in locali di proprietà del somministrante stesso o comunque aperti ed esercitati grazie ad un suo finanziamento, ma sempre gestiti da terzi, ossia in sostanza da piccoli rivenditori indipendenti legati al fornitore dal rapporto di esclusiva, ed in un certo senso al suo servizio nello svolgimento della funzione di distribuzione al dettaglio della birra ai consumatori ⁽¹⁴²⁾. E incidentalmente, se si volesse qui riprendere, con tutte le limitazioni del caso, la configurazione in astratto, ipotizzata in pre-

⁽¹⁴¹⁾ DOUGLAS J., *diss.* in *Standard Oil Co. of California v. United States*, 337 US 293, 69 S.Ct. 1051 (1949).

⁽¹⁴²⁾ Cfr. MOSSA, *Il contratto di somministrazione*, cit., pp. 5 ss.; FERRI, *Vendita con esclusiva*, cit., pp. 271 ss.

cedenza, della somministrazione di servizi, non si potrebbe non rilevare che, nel complesso di rapporti testé descritto, si verrebbero in sostanza ad avere due impegni reciproci di somministrazione, della merce da parte del fornitore nei confronti del gestore dello spaccio, e del servizio di collocamento del prodotto sul mercato al dettaglio da parte di quest'ultimo nei confronti di colui che (dato quanto si è detto sui rispettivi rapporti di forza, con riguardo alla disponibilità degli spacci sulla base della proprietà o di finanziamenti garantiti ecc.) si potrebbe definire il principale. In ogni caso, vi è tra i due contraenti un'evidente connessione di interessi, in vista della realizzazione dell'identico scopo ⁽¹⁴³⁾, che è quello di piazzare il prodotto sul mercato nella maggior quantità ed alle migliori condizioni possibili, ma quanto ai vantaggi che ciascuna delle parti ritrae dal rapporto, si tratta ovviamente di misurare i termini concreti (sul piano della posizione giuridica e delle contropartite economiche) che sono stati stipulati e che rendono tale particolare configurazione del rapporto più o meno desiderabile per l'uno e per l'altro contraente. Ove per un qualsiasi motivo l'equilibrio di interessi raggiunto non dovesse più sussistere, si finirebbe con l'addivenire ad una modificazione delle condizioni economiche o, più radicalmente, della configurazione giuridica dal rapporto.

Orbene, la distribuzione dei prodotti petroliferi presa in considerazione dai giudici americani avveniva (come è pratica commerciale anche altrove) allo stesso modo come avveniva (ed avviene tuttora) il commercio della birra in Germania, e cioè mediante dei contratti di *exclusive dealing* (detti anche *supply contracts*, *requirements contracts*, ecc.: a seconda del metodo di fissazione della quantità del prodotto, riferita a minimi periodici, o a tutto il fabbisogno del somministrato, e così via); anche nei vari dettagli sopra succintamente descritti i rapporti tra le imprese petrolifere principali e i gestori degli spacci di distribuzione (le c.d. stazioni di servizio) erano regolati in una

(143) FERRI, *Op. ult. cit.*, pp. 392-3.

forma giuridica assolutamente analoga a quella dei *Bierlieferungsverträge* e relative obbligazioni accessorie.

Ma ciò che mi premeva sottolineare è che, mentre in applicazione delle leggi anti-trust la Corte Suprema americana sentenziava a maggioranza l'illiceità, nelle circostanze sopra illustrate, dei contratti di fornitura esclusiva, nell'opinione di minoranza del DOUGLAS, notoriamente orientato in senso liberale e antimonopolista, si sosteneva che una simile decisione, di apparentemente rigida interpretazione della legislazione concernente la materia, avrebbe in realtà avuto conseguenze negative sul livello concorrenziale del mercato considerato, e quindi in sostanza contrarie ad una corretta applicazione delle disposizioni a tutela della concorrenza: conclusione a cui si sarebbe agevolmente dovuti pervenire (sempre secondo tale opinione) ove si fosse considerato che, a fronte del divieto di continuare nella pratica della somministrazione con esclusiva, l'ovvia e prevedibile alternativa dell'industria interessata consisteva in qualche forma di più completa integrazione verticale, attraverso interventi diretti nel settore della distribuzione al consumo mediante una serie di rapporti di *agency* (ossia, *grosso modo*, di contratti di commissione o di vera e propria agenzia commerciale), ovvero addirittura attraverso la gestione diretta degli impianti di vendita con l'utilizzazione di personale dipendente: vale a dire con una gradazione di sempre più penetrante presenza delle grandi aziende monopolistiche a tutti i livelli distributivi. La conclusione di questa argomentazione era che, mentre il metodo dell'*exclusive dealing* consentiva almeno il mantenimento in vita di una moltitudine di rivenditori formalmente, e anche — sia pure con limitazioni — sostanzialmente autonomi, con le modifiche della struttura del settore, che la decisione della corte necessariamente comportava, « il piccolo imprenditore indipendente sarebbe stato sostituito dagli impiegatucci [dell'impresa maggiore] » ⁽¹⁴⁴⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ *Standard Oil Co. of California v. United States*, 337 US 293, 318 ss.

A questo punto mi pare si possa tranquillamente affermare che non a caso lo stesso DOUGLAS è il giurista che ha apportato uno dei più rilevanti contributi, nell'ambito della letteratura di *common law*, ad un ulteriore problema che si ricollega ai principali profili storico-dogmatici dell'agenzia, che sono, come si vede, numerosi e rispetto ai quali è opportuno fornire in questa sede almeno alcune indicazioni che ne investono un aspetto marginale, ma di grande interesse: mi riferisco al problema della *vicarious liability*, o responsabilità indiretta, che in diritto anglosassone è strettamente connesso ai principi dell'*agency*, ma che lo studioso americano affronta sulla base di una serie di considerazioni attinenti i vari rischi economici delle imprese, la capacità di queste di sopportarli (eventualmente assicurandoli), e il rinvenimento di regole che permettano di addossare la responsabilità secondo una «logica» (o *rationale*, nel linguaggio dei realisti americani) che tenga conto degli effetti economico-sociali della disciplina adottata, se si vuole (ossia: se proprio lo si ritiene necessario) ricostruendo an-

Alcuni passaggi dell'opinione di DOUGLAS presentano particolare interesse anche dal punto di vista dell'approccio usato nell'argomentazione giuridica, come i seguenti, che vale la pena di riportare per esteso: « Size is allowed to become a menace to existing and putative competitors. Price control is allowed to escape the influences of the competitive market and to gravitate into the hands of the few. But beyond all that there is the effect on the community when independents are swallowed up by the trusts and entrepreneurs become employees of absentee owners. Then there is a serious loss in citizenship. Local leadership is diluted. He who was a leader in the village becomes dependent on outsiders for his action and policy. Clerks responsible to a superior in a distant place take the place of resident proprietors beholden to no one. These are the prices which the nation pays for the almost ceaseless growth in bigness on the part of industry. These problems may not appear on the surface to have relationship to the case before us. But they go to the very heart of the problem... The method of doing business under requirements contracts at least keeps the independents alive. They survive as small business units. The situation is not ideal from either their point of view or that of the nation. But the alternative which the Court offers is far worse from the point of view of both... When the choice is thus given, I dissent from the outlawry of the requirements contract on the present facts... Our choice must be made on the basis not of abstractions but of the realities of modern industrial life » (*ibid.*).

che opportunamente talune consolidate concezioni giuridiche che a quel *rationale* non fossero per avventura adeguate ⁽¹⁴⁵⁾.

Nell'ambito della *common law*, ciò significava precisamente rivedere taluni lineamenti dell'idea di *agency*, ossia in buona sostanza di una certa idea di rappresentanza la cui delibazione, come vedremo subito, richiede da parte nostra una analisi più critica ed una comprensione più approfondita dell'accennata distinzione tra rappresentanza in senso proprio e c.d. rappresentanza economica, irrilevante sul piano giuridico finché, e solo finché, talune regole non possano spiegarsi se non con l'apertura di nuove breccie nella concezione « giuridica » tradizionale ⁽¹⁴⁶⁾.

Nell'ambito del nostro ordinamento, un'analogha operazione con riguardo alla responsabilità oggettiva, di cui essenzialmente all'art. 2049 cod. civ. (e artt. ss.), è stata condotta con assoluto rigore in uno studio recente ⁽¹⁴⁷⁾, in cui si è potuto prescindere, ovviamente, così dal concetto di *agency*, come — a maggior ragione — da quello ipoteticamente corrispondente di rappresentanza in senso lato, ma in cui si è utilizzato invece sino in fondo un concetto di rischio di impresa (inteso come costo sociale specifico dell'esercizio dell'impresa stessa), cui ricollegare le regole di responsabilità, ricorrendo anche peraltro — il che è particolarmente significativo ai nostri fini — alla nozione di « impresa satellite » ⁽¹⁴⁸⁾; e in base al rapporto di preposizione, ancorché costituito in forma di contratto di lavoro au-

⁽¹⁴⁵⁾ DOUGLAS, *Vicarious Liability and Administration of Risk*, in 38 *Yale L.J.* (1929) 584; su questa trattazione, esemplare del metodo della scuola realistica, cfr., in tutta la loro ampiezza e rilevanza, le considerazioni di TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, pp. 205 ss.

⁽¹⁴⁶⁾ Si pensi alle possibili proiezioni, anche su molte altre norme del nostro ordinamento, consentite dall'interpretazione che dell'art. 147 legge fall. è stata suggerita dal BIGIARI nei suoi noti lavori sull'imprenditore occulto, e già in molti casi espressamente indicate dallo stesso a. come sintomatiche e rivelatrici della sottostante presenza e operatività di una nuova nozione di rappresentanza indiretta.

⁽¹⁴⁷⁾ TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

⁽¹⁴⁸⁾ *Op. ult. cit.*, pp. 124 ss.

tonomo, si afferma così, ad es., precisamente la responsabilità vicaria del principale per il fatto dell'agente o rappresentante di commercio che sia in rapporto relativamente costante ed esclusivo con il medesimo imprenditore, anche in caso di retribuzione a provvigione e di assenza di subordinazione gerarchica ⁽¹⁴⁹⁾.

Dalla rapida rassegna contenuta in questo paragrafo, in cui come si ricorderà avevamo preso le mosse dalla posizione economico-giuridica dell'agente, quale si veniva consolidando nella sua peculiare funzione ausiliaria, senza precedenti sotto il profilo del rapporto con il preponente, è emerso, in breve e a grandi linee, il seguente quadro:

a) i profili giuridici della figura dell'agente sono ovviamente condizionati, anche negli aspetti strettamente tecnici e nella regolamentazione delle obbligazioni che costituiscono il contenuto del rapporto, da insuperabili limiti di convenienza economica, che inducono alla scelta di questo particolare rapporto ove si raggiunga fra preponenti e ausiliari un equilibrio di interessi, sia pure mutevole nel tempo;

b) vi è una notevole fungibilità di tipi di rapporto giuridico per la realizzazione della funzione di ausiliarietà perseguita dalle parti, non solo (come avevamo già visto) nella varietà di atteggiamenti che la figura stessa dell'agente può assumere, ma anche nella molteplicità e nell'apparente eterogeneità dei tipi contrattuali utilizzabili, fra i quali si sono persino rintracciati inattesi filoni ricompresi nella categoria delle somministrazioni, pur in epoche, mercati e ordinamenti lontanissimi fra loro;

c) anche in questi — diciamo così — ritrovamenti marginali riaffiorano al tempo stesso, significativamente, alcuni problemi il cui esame, pur occasionato dalla considerazione di par-

⁽¹⁴⁹⁾ *Op. ult. cit.*, p. 132. Per la verità nell'ambito di questa costruzione non solo non trova posto, ma viene esplicitamente respinto il ricorso al meccanismo della rappresentanza, sia pure inteso in senso lato; ma a questo riguardo giocano tuttavia anche altre considerazioni sulle quali sarà opportuno ritornare: v. *infra*, alla nota 171.

ticolari situazioni ed effetti economico-sociali di una normativa (tutela della concorrenza, responsabilità indiretta, ecc.) riconduce all'analisi di concetti generali, dalla cui corretta applicazione (o per ipotesi, conversamente, esclusione) anche il tema specifico dell'agenzia di commercio nel nostro diritto positivo può ricevere qualche illuminante contributo.

Per concludere sui punti così fissati, non posso non osservare che per una più penetrante comprensione della genesi di quello che è lo *status* attuale dell'istituto dell'agenzia sembra che, da qualsiasi punto di partenza si abbia a muovere, si sia inevitabilmente riportati alla considerazione soprattutto di un argomento, o meglio di una problematica: quella di un'accurata ed aggiornata, anche se certo non definitiva, individuazione del meccanismo giuridico della rappresentanza e dei suoi limiti.

23. Ritengo che pochi scritti abbiano avuto tanta influenza sulla sistemazione di un istituto nell'ambito di una pluralità di ordinamenti giuridici, e delle rispettive letterature, quanto il celebrato studio di JHERING sulla cooperazione agli atti giuridici altrui ⁽¹⁵⁰⁾; certo non esso soltanto, bensì anche tutta la produzione tedesca sulla teoria della rappresentanza cui si è già accennato in precedenza; ma in quello scritto restava fissata in modo particolarmente preciso quella distinzione tra *factische Dienstleistung* e *juristische Mitwirkung* (quest'ultima a sua volta suddivisa tra compartecipazione accanto all'interessato, sostituzione in suo luogo, e rappresentanza in suo nome) che doveva successivamente costituire un punto di riferimento e di orientamento obbligato per ogni trattazione della materia. Certamente non era da sottovalutarsi l'importanza della fissazione di quei concetti; sta di fatto, però, che si è poi spesso trascurata la circostanza che mentre il programma originario di JHERING era precisamente quello di uno studio esteso anche alla rappre-

(150) JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, in *Jahrbücher f.d. Dogmatik* 1 (1857) 273, 2 (1858) 67.

sentanza, in realtà il suo lavoro risultò poi limitato alla trattazione di tutte le altre forme di cooperazione da essa distinte, e in larga misura dedicato anzi alla cooperazione materiale: mentre l'analisi della rappresentanza in senso proprio, dovuta rinviare in seguito all'innestarsi sul programma originale di una polemica con lo SCHEURL, non fu più successivamente intrapresa. Di per sé la circostanza non avrebbe, ovviamente, peso sostanziale, se non ne fosse derivata la sensazione — evidentemente non del tutto giustificata — che molti problemi fossero da considerarsi scontati e risolti, o quanto meno impostati in una direzione definitiva, che viceversa lo stesso JHERING aveva potuto soltanto abbozzare; tanto è vero che la digressione polemica cui accennavo verte proprio su talune fondamentali questioni di terminologia delle fonti romane che lasciano lo stesso A. estremamente dubbioso sull'esatto significato di molte espressioni, e quindi sulla costruzione dei vari istituti, soprattutto — è interessante notare — quanto a quella che dovrebbe essere la basilare fra le distinzioni proposte: ossia tra cooperazione materiale e cooperazione giuridica.

Non si pretende qui di dar fondo all'arduo tema della rappresentanza, e a quello connesso del mandato, con una ricerca originale, ma solo di esporre alcune considerazioni che lo esame dello stato della questione ci suggerisce con riferimento al nostro tema, limitandoci a puntualizzare, qui e in seguito, taluni profili della rappresentanza indiretta e della cooperazione gestoria in generale.

A) Anzitutto, occorrerà tenere presente che il processo storico di formazione e di dissolvimento della comprensiva nozione di mandato commerciale si è concluso con una rigorosa delimitazione (fondendosi la legislazione civile e commerciale) di un'unica figura di mandato, che ha per oggetto il compimento di atti giuridici; quest'ultimo concetto può essere considerato più o meno elasticamente (sia in generale: dichiarazioni non negoziali ecc.; sia con riferimento all'attività dell'agente:

trattative, sottoscrizione della nota di commissione salvo approvazione, rappresentanza limitata di cui all'art. 1745 cod. civ.), ma la sua latitudine non è certo tale da ricomprendere quella « trattazione di affari » che, pur se già interpretata restrittivamente (accentuandosi sempre più il carattere giuridico degli affari stessi), consentiva tuttavia ai nostri classici (VIVANTE, SRAFFA) di considerare ancora l'agente un mandatario, pur se non un rappresentante ⁽¹⁵¹⁾. Nell'ordinamento attuale, si è volutamente distaccato il rapporto di agenzia dalla matrice del mandato.

B) La configurazione del mandato cui è pervenuto il nostro codice è al tempo stesso una necessità logica, in vista della precedente elaborazione dottrinarie tendente a distinguerlo dalla locazione d'opera, ed una soluzione antistorica. Abbiamo già notato come di ciò avesse avuto precisa intuizione l'ASQUINI ⁽¹⁵²⁾; e, dal canto suo, incisivamente diagnosticava il MOSSA che il mandato « diventa... una foglia secca quando sopravviene il moderno diritto del lavoro. Il mandato commerciale, organico o professionale, ha servito di forma ibrida per lo stampo del contratto di impiego nell'impresa » ⁽¹⁵³⁾. La distinzione tra mandato e contratto d'opera avrebbe un senso se gli atti giuridici fossero non solo nettamente isolabili concettualmente, il che è certamente possibile, ma anche di fatto isolati nella realtà dei traffici negoziali, ossia costituissero l'oggetto di singole prestazioni dell'incaricato ⁽¹⁵⁴⁾. Ora, è evidente che nell'organiz-

⁽¹⁵¹⁾ Il primo si basa sulla propria costruzione del mandato come amministrazione, della rappresentanza come conclusione, della locazione d'opera come esecuzione di affari (VIVANTE, *Trattato*, I, cit., p. 270). Lo SRAFFA, *Del mandato merc. e della commiss.*, cit., pp. 32 ss., si appoggia alla considerazione che, se mandato è trattazione di affari (giuridici) commerciali, trattazione non vuol dire solamente conclusione, bensì racchiude in sé « anche il concetto di atti preparatorii ». Ancora per il BARASSI, sulle orme della dottrina tedesca, oggetto di mandato potevano essere anche atti materiali (*Contributi alla teoria della responsabilità per fatto non proprio ecc.*, in XXIV RISG (1898) 405).

⁽¹⁵²⁾ Cfr. sopra, alla nota 3-bis.

⁽¹⁵³⁾ MOSSA, *Diritto commerciale*, I, cit., p. 68.

⁽¹⁵⁴⁾ Dopo la nuova codificazione, MOSSA ha avvertito tutto il disagio della

zazione sociale moderna il compimento occasionale di singoli atti giuridici su incarico altrui ha carattere sporadico, e agguingerei che non casualmente in tali ipotesi si ricade precisamente, in genere, in quei rapporti gratuiti e di cortesia che sono, come è noto, autenticamente all'origine della primigenia distinzione del mandato. In ogni altro caso, nella vita moderna, la gestione di affari altrui ha carattere misto dal punto di vista della natura degli atti compiuti (materiali e intellettuali, di dichiarazione e di volizione, giuridici e non giuridici) ed è, ovviamente, onerosa; si rientra cioè nella prestazione d'opera. Per vero, quindi, la distinzione impostata tra onerosità e gratuità, tuttora mantenuta nel diritto tedesco, ancorché di scarso rilievo pratico, è l'unica che ha una sua non artificiosa giustificazione ⁽¹⁵⁵⁾.

C) Vi è una serie di altre osservazioni da fare che considero decisive ai fini di una chiarificazione dei temi in esame. Infatti, è bensì vero che i concetti di mandato, di procura, e di rappresentanza sono ormai stati da tempo enucleati separatamente dalla dottrina, e che i singoli istituti sono disciplinati indipendentemente l'uno dall'altro nelle norme positive; ma le stesse costruzioni che se ne sono fatte non sfuggono, a mio avviso, ad una interdipendenza assai penetrante, anche se spesso inavvertita ⁽¹⁵⁶⁾. E ciò proprio come conseguenza dei lineamenti

situazione, e ha tentato di uscirne affermando: « Il mandato è destinato al compimento di atti giuridici, ma *gli atti giuridici sono infiniti* [corsivo mio], e sono atti di preparazione, di perfezione, di compimento. La cura degli affari è contenuto di un mandato, ed in quest'ordine è il codice, allorquando attribuisce all'agente le obbligazioni del commissionario » (*Trattato*, I, cit., p. 544). Chiarisco nel testo perché questa impostazione, che tende a far rivivere i vecchi schemi, non possa più essere condivisa. Che senso ha dire che « gli atti giuridici sono infiniti »? Gli atti giuridici sono limitati dai connotati della nozione giuridica che li definisce; l'affermazione che sono infiniti tradisce semplicemente lo sforzo di trovare una via di uscita dall'angusto concetto di mandato in cui il nuovo codice si è impigliato.

⁽¹⁵⁵⁾ È quanto nota, da osservatore esterno, lo STOLJAR, *The Law of Agency*, cit., p. 271: « The contract of mandate has passed into the continental codifications, but its practical significance is today very small ».

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. peraltro PUGLIATTI, *Il negozio di gestione sottostante alla rappresentanza*, cit.

assegnati rispettivamente al mandato (consistente nell'incarico del compimento di atti giuridici: art. 1703 cod. civ.) e alla rappresentanza (consistente nel potere di agire in nome e nell'interesse del rappresentato, con effetti diretti nella sfera giuridica di quest'ultimo: artt. 1387 ss.). Cercherò di illustrare brevemente come la *combinazione* di queste nozioni giuridiche, sicuramente accolte in questi termini nel nostro ordinamento, ponga inevitabilmente il problema di una zona scoperta, che sia pure solo convenzionalmente si può indicare con le espressioni «rappresentanza in senso lato», «rappresentanza impropria» e simili; e cercherò di chiarire in che senso questa zona scoperta (che corrisponde *grosso modo* proprio all'*agency* anglosassone) costituisca un campo di attrazione nei confronti della nostra circoscritta nozione di contratto di agenzia ⁽¹⁵⁷⁾.

È evidente che la prima direzione in cui si muove ogni possibile espansione rispetto alla rappresentanza in senso proprio è quella della c.d. «rappresentanza indiretta», ossia là dove si constatino degli effetti, in capo a un interessato di cui non sia stato speso il nome, di atti compiuti da altri in base ad un qualsivoglia rapporto gestorio; ed è superfluo ricordare ancora una volta le norme (artt. 1705₂, 1706 ecc.) che permettono oggi di considerare acquisito qualche primo passo in questo senso. Ma il problema è molto più ampio, e non a caso, sia pure con cautele (ossia quasi sempre distinguendo dalla rappresentanza in senso tecnico), si è parlato ripetutamente di «rappresentanza economica» e soprattutto di «rappresentanza di interessi» ⁽¹⁵⁸⁾.

⁽¹⁵⁷⁾ Il collegamento, che poteva apparire a prima vista sproporzionato, penso risulti giustificato ormai nell'economia del lavoro, dopo quanto si è chiarito nel corso della presente indagine sulla complessità della figura dell'agente e delle sue vicende; sicché, così come è stato detto dal massimo fra gli scienziati del nostro tempo che «la retta non è che un caso particolare e banale della linea curva», allo stesso modo non è forse troppo azzardato cercare in un più ampio spazio giuridico qualche ulteriore punto d'appoggio per un rapporto, quale quello di agenzia commerciale, che nel nostro ordinamento attuale è forse *oversimplified* (se mi si consente l'espressione), ossia ha un impianto troppo semplicistico.

⁽¹⁵⁸⁾ PUGLIATTI, *Sulla rappresentanza indiretta*, in *Dir. civ. (Saggi)*, cit.; *Id.*, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, *ivi*; *Id.*, *Rilevanza del rapporto interno nella*

Le limitazioni ad una ricostruzione generale del fenomeno derivano, come dicevo, dalla particolare concettualizzazione dei suoi diversi aspetti che abbiamo con tanta cura costruito su fondamenti pandettistici.

In sostanza: ciò che della rappresentanza diretta è stato detto da un secolo a questa parte, è stato configurato *a contrariis*, si può affermare, rispetto alla formula originaria romana, basata invece sulla rappresentanza indiretta nell'ambito familiare, sulla quale poco a poco si erano innestate eccezioni, consistenti nel collegare effetti diretti all'agire in nome altrui anche da parte di estranei preposti (ma, significativamente, attraverso lo strumento dell'*actio utilis*, e più specificamente dell'*actio adiecticiae qualitatis: exercitoria, institoria, de peculio, quod iussu, de in rem verso*, ecc.). È già stato sottolineato che negli ordinamenti (e presso gli autori) tedeschi il passaggio dal diritto romano al diritto moderno è stato improvviso, senza fasi intermedie ⁽¹⁵⁹⁾: come dire che una certa dogmatica si è impossessata di un certo diritto romano, e l'ha trapiantato senza eccessive preoccupazioni sul terreno dei moderni ordinamenti sociali; fenomeno le cui conseguenze, ovviamente, si aggravano quando gli istituti così recepiti non sono neppure quelli originali, bensì una ricostruzione cementata con frammenti di varia derivazione, anzi anomali in quanto innestati per esigenze successive su un sistema originario che aveva una sua diversa coerenza.

Ben altra operazione, è il caso di ricordare, è stata compiuta in sede di ricezione nell'ordinamento anglosassone di ta-

rappresentanza indiretta, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 801. Assai più cauta la posizione di SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁷, Napoli, 1962, pp. 261 ss. La rappresentanza di interessi in tutti i rapporti caratterizzati dall'agire per conto altrui è specificamente tenuta presente, e così distinta dalla più vaga nozione di rappresentanza economica, anche dal FERRI, *Vendita con esclusiva*, cit., pp. 392-3.

⁽¹⁵⁹⁾ GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960, p. 136.

luni elementi di diritto romano che, secondo quanto ha efficacemente scritto HOLDSWORTH, sono stati assorbiti « in dosi omeopatiche » ⁽¹⁶⁰⁾. Che è appunto il caso della rappresentanza in senso lato, o *agency*, in funzione di una determinata fase storica (feudale) in cui confluivano (ad es. sotto il profilo delle *master-servant relations* ecc.) fattori non dissimili da quelli dell'organizzazione sociale romana, che oggi — ed è questo il punto-chiave del discorso — sono più attuali di quelli tenuti presenti per le loro concettualizzazioni dai pandettisti dell'epoca liberale, in quanto si ripropongono nel quadro di un'organizzazione industriale centralizzata, cui fanno capo moltitudini di imprese satelliti e di preposti singoli ⁽¹⁶¹⁾.

Ecco perché all'*agency* di *common law* si può e si deve guardare come ad una cornice che meglio permette, e soprattutto permetterà, di inquadrare la « nostra » problematica della rappresentanza impropria ⁽¹⁶²⁾.

⁽¹⁶⁰⁾ « We have received Roman Law; but we have received it in small homoeopathic doses, at different periods, as and when required. It has acted as a tonic to our native legal system, and not as a drug or poison. When received, it has never been continuously developed on Roman lines. It has been naturalised and assimilated »: HOLDSWORTH, *A History of English Law*, IV, London, 1924, p. 293.

Un esempio curioso di quanto possano essere diverse le impostazioni di schemi concettuali si ha mettendo a confronto due passi che trattano l'identica questione da due punti di partenza esattamente agli antipodi: JHERING, *Mitwirkung*, cit., pp. 314 ss., sente la necessità di chiarire in che consista la persistente utilità della rappresentanza indiretta, una volta « perfezionata » la forma più avanzata della rappresentanza diretta; STOLJAR, *The Law of Agency*, cit., pp. 11 ss., rovescia il quesito e si sforza di spiegare l'utilità dell'agire in nome e per conto altrui con effetti direttamente provocati nella sfera giuridica dell'interessato, quando potrebbe sembrare tanto più conveniente la formula indiretta.

⁽¹⁶¹⁾ Naturalmente nella *common law* lo sviluppo descritto avviene in realtà nei secoli attraverso le singole azioni, mentre la nozione comprensiva di *agency* è un punto di arrivo relativamente recente, che tuttavia abbraccia agevolmente le varie formule consolidate.

Certo, resta da discutere se sia opportuna a un certo punto la formazione di un concetto generale, nel caso specifico contrassegnato dall'etichetta *agency* o « rappresentanza », con le conseguenti possibilità di ricorso arbitrario e sofisticato ad una tale astrazione per fattispecie non pertinenti; ma a questo riguardo farò qualche ulteriore commento più avanti.

⁽¹⁶²⁾ BIGIARI, *Difesa dell'« Imprenditore occulto »*, cit., p. 300.

E l'esempio specifico che posso ora proporre è precisamente quello della tormentata distinzione tra cooperazione giuridica e cooperazione materiale, che in funzione del collegamento, dapprima instaurato dalla prevalente dottrina e poi consacrato nel codice, tra mandato e compimento di atti giuridici, ricrea quell'interdipendenza tra mandato e rappresentanza che si ritiene comunemente superata e alla quale accennavo in precedenza, condizionando reciprocamente entrambi i concetti. Consideriamo meglio la questione nel punto successivo.

D) Un corollario inevitabile del nostro sistema e della nostra dottrina tradizionale (in cui al dogma della distinzione tra giuridico e non giuridico si accompagna il dogma della volontà) è che occorra segnare una precisa linea di demarcazione tra rappresentante da una parte, e ausiliario o messo o nuncio dall'altra ⁽¹⁶³⁾. Il rappresentante svolge un'attività (deliberativa, volitiva) autonoma, il messo no, in quanto mero strumento materiale, espressione fisica e pressoché impersonale della volontà del *dominus*: donde una serie di problemi, della romanistica tradizionale e della dogmatica anche più recente, per stabilire quando si abbia l'una, quando l'altra figura; e, preliminarmente direi, quando si abbia compimento di attività giuridica, quando mera *Tathandlung* ⁽¹⁶⁴⁾.

Qualcuno, per la verità, a proposito di questa ricerca di una differenziazione tra rappresentante e nuncio, ha parlato di assoluto misticismo ⁽¹⁶⁵⁾. E ancora più radicale, se possibile, è la

⁽¹⁶³⁾ Nel testo, per semplicità, tratto contemporaneamente del messo che riferisce una dichiarazione di volontà e dell'ausiliario materiale (che compie, ad es. una consegna); ma ai fini dell'argomentazione in corso le due situazioni, come si vedrà, vanno considerate nella stessa prospettiva.

⁽¹⁶⁴⁾ Mi limito a richiamare, per l'evidenza delle implicazioni attuali di questa problematica, e senza riesaminare in questa sede le fonti, BIGIARI, *La delegazione*, Padova, 1940, pp. 249-251.

⁽¹⁶⁵⁾ WOLFF, *Theorie der Vertretung*. (*Stellvertretung, Organschaft und Repräsentation als soziale und juristische Vertretungsformen*), in *Organschaft und Juristische Person. Untersuchungen zur Rechtslehre und zum öffentlichen Recht*, 2. Band, Berlin, 1934: « Und es wäre unzweideutigster Mystizismus, wollte man dass deshalb bestreiten, weil das Botenverhalten ein Verhalten des Herrn sei ».

critica di HOLMES (sia pure basata su una teoria a sua volta assai discussa, quale quella della finzione) a quanto veniva esponendo il THÖL sulla pretesa autonomia della volontà del rappresentante: « A difficulty has been raised concerning cases where the agent has a discretion as to the terms of the contract, and it has been called 'absurd to maintain that a contract which in its exact shape emanates exclusively from a particular person is not the contract of such person [*i.e.*, the agent], but is the contract of another'. But I venture to think that the absurdity is the other way, and there is no need of any more complex machinery in such a case than where the agent is a mere messenger to express terms settled by his principal in every detail » (¹⁶⁶). In altre parole il meccanismo che rende efficace l'attività del messo non sarebbe diverso, sostanzialmente, da quello del caso di « an agent with discretionary powers, no matter how large they may be » (¹⁶⁷).

Si tratta evidentemente di una gradazione nella discrezionalità dei poteri, che riguarda tuttavia il rapporto interno e spesso non è riconoscibile esternamente, se non mediante regole caratteristiche (per cui i *powers* dell'*agent* possono derivare da *authority* effettiva, apparente o presunta) (¹⁶⁸) che individuano manifestazioni tipiche cui corrispondono poteri usuali (¹⁶⁹).

(¹⁶⁶) HOLMES, *The History of Agency*, in *Collected Legal Papers*, cit., pp. 52-53.

(¹⁶⁷) *Op. loc. ult. cit.*

(¹⁶⁸) POWELL, *The Law of Agency*², London, 1961, pp. 35 ss.

(¹⁶⁹) Il ragionamento che muove da quelle premesse può essere espresso come segue: forse che il garzone che acquista usando la formula « Ha detto il mio principale di consegnarmi il tal quantitativo della tal merce » non ha, proprio perché considerato nient'altro che un messo, poteri se si vuole limitatissimi, ma non dissimili da quelli che, a diverso livello, caratterizzano l'attività rappresentativa in senso proprio (*rectius*: nel senso che ci è familiare) di un cooperatore giuridico qualificato, cui sono espressamente conferiti (eventualmente con procura, ma non necessariamente) i c.d. poteri rappresentativi?

È interessante che, proprio con riguardo all'agente di commercio, il FERRI, *Manuale*, cit., pp. 761-2, neghi nel modo più assoluto all'agente quei poteri interni

La verità è che l'*agency* sostanzialmente continua ad ignorare la distinzione tra cooperazione giuridica e cooperazione materiale. POUND tende bensì a tenere separate le sfere dell'*agency* e della rappresentanza, ma in pratica ascrive alla prima tutte le manifestazioni di attribuzione (anche direttamente *ex lege*) del potere di modificare la situazione giuridica altrui, che in questo senso — lo si voglia definire rappresentativo, o si abbiano altre preferenze terminologiche — è un potere che si esplica nell'*agent*, come se questi fosse un rappresentante; e ciò per l'evidente connessione che la situazione di subordinazione dell'*agent* al *principal* nell'uno e nell'altro caso comporta, facendo di quest'ultimo il centro di imputazione giuridica dell'attività di quello ⁽¹⁷⁰⁾.

Del resto il problema di distinguere l'ausiliario dal rappresentante, o meglio il problema della stessa opportunità o meno di impostare questa distinzione, può essere considerato sotto altri profili, assai più rilevanti. Il più importante è quello, già accennato, della responsabilità vicaria per fatto illecito. Alla base sia di ogni perplessità circa l'avvicinamento al fenomeno della rappresentanza, sia di ogni analogia, sono ancora una volta gli stessi fattori: da un lato la cooperazione del preposto non è giuridica, o comunque il fatto (illecito) preso in conside-

di gestione, ossia di attività autonomamente deliberante, che sono tipici del rappresentante, anche quando all'agente la rappresentanza sia stata peraltro conferita nei confronti dei terzi, fondando così l'efficacia di quest'ultimo fenomeno in sostanza su di una finzione, come voleva HOLMES.

Ed è anche interessante osservare che sul *nuncius* non esistono regole nel nostro diritto positivo, se non (oltre all'art. 1433 cod. civ., che è neutro ai fini del nostro discorso) quelle ricavabili dagli artt. 1390, 1391, 1395 cod. civ., circa la predeterminazione del contenuto del contratto stipulato dal rappresentante, che istituiscono appunto un'ovvia gradazione nell'autonomia della volontà di quest'ultimo. Ancora: si pensi al mediatore, tipica figura di *nuncius* secondo la nostra prevalente dottrina, in contrapposto al *broker*, tipica figura di *agent* in diritto anglosassone (o meglio, tipicamente sottoposto alle regole dell'*agency*, in quanto applicabili caso per caso).

⁽¹⁷⁰⁾ POUND, *Jurisprudence*, IV, St. Paul, 1959, pp. 91-98; e soprattutto pp. 418 ss.

razione è incidentale rispetto all'eventuale attività giuridica autorizzata dal principale; dall'altro lato l'identificazione del centro di imputabilità giuridica nel principale deriva dal medesimo rapporto organizzativo che, nel campo dell'attività giuridica, comporterebbe poteri rappresentativi.

E, ancora una volta, l'affinità tra diritto romano e *common law* è maggiore che non tra diritto romano e diritti continentali moderni di derivazione romanistica: la *vicarious liability* è *agency in tort* per gli stessi motivi di organizzazione sociale (rilevanza del rapporto *master-servant*, e sostanziale — se non giuridica — irresponsabilità patrimoniale dei sottoposti nella società inglese dei secoli trascorsi) per i quali nella società romana le azioni nossali non sono che un altro aspetto della necessaria rappresentanza indiretta patrimoniale del *dominus* attuata da *fili* e *servi*. La nostra concezione moderna della rappresentanza, elaborata prescindendo invece da concetti organizzativi, è più restia ad avvertire ogni possibile collegamento con il fenomeno della responsabilità oggettiva per il fatto dei commessi, e forse non casualmente solo qualche vecchio autore, come il CHIRONI, ha collocato la responsabilità vicaria nell'ambito della rappresentanza: ma prima che le successive raffinate elaborazioni di quest'ultima nozione facessero considerare superata (come si ritiene correntemente) quella posizione ⁽¹⁷¹⁾.

⁽¹⁷¹⁾ CHIRONI, *La colpa nel dir. civ. odierno. Colpa extracontrattuale*², I, Torino, 1903, pp. 234-5, 370 ss.; v. anche dello stesso *Colpa contrattuale*², Torino, 1897, pp. 397, 400, 445, 453 ss. E ancora recentemente per il diritto francese BERTRAND, *La préposé moderne. L'idée de représentation dans l'art. 1384 n. 5 nouveau du Code Civil*, Paris, 1935; MAZEAUD-TUNC, *Traité de la responsabilité civile* ecc.⁵, I, Paris, 1957, p. 996.

Recentemente il nostro scrittore che più si è occupato dell'argomento (TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., pp. 68, 161) ha nettamente respinto l'idea che fondamento della responsabilità vicaria sia la rappresentanza, per proporre il moderno criterio del rischio dell'attività; con riferimento all'attuale momento storico la scelta è senza dubbio giustificata, così come si può consentire che dare un'etichetta a un fenomeno (chiamandolo « rappresentanza ») non equivale a spiegarlo giuridicamente. Ma il nostro problema, come chiarisco subito nel testo, non è quello di riesumare un'etichetta, che può anche essere inadeguata sul piano

Le perplessità potrebbero piuttosto derivare da un diverso ordine di preoccupazioni: si potrebbe infatti sostenere che l'uso di concetti giuridici generali, onnicomprensivi, ad ombrello, sia più di danno che di vantaggio, ai fini dell'applicazione di appropriate soluzioni a problemi concretamente appartenenti a categorie assai diverse. Certo, questo tipo di abuso è possibile; ma è forse più giustificato pensare che quanto più ampia è la categoria-cornice, tanto più attenta (e in concreto legata a singoli sottotipi di situazioni e di azioni, come sicuramente avviene negli ordinamenti di *common law*) è la scelta della soluzione per il singolo caso.

Per mio conto, ad una frantumazione concettuale tendente a diventare sempre più rigida, riterrei preferibile la ricerca del « minimo comune denominatore » che HOHFELD pensava applicabile alle frazioni anche in campo giuridico ⁽¹⁷²⁾.

Queste considerazioni ci portano a quella che, per il momento, è la conclusione del nostro discorso.

E) Non è necessario spendere molte parole per indicare il legame ultimo dei temi, la cui ricerca è inquadrata nei punti che precedono, con gli aspetti problematici del rapporto di agenzia commerciale: è, questo, un rapporto di lavoro per la cui comprensione è più che mai necessario cercare di vedere al di là delle consuete, e forse consunte, linee di demarcazione tra attività giuridica e attività materiale, lavoro subordinato e lavoro autonomo, obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, contratti a esecuzione istantanea e contratti di durata. Con queste affermazioni riprendo, negli stessi termini e quasi

del diritto positivo, bensì quello di impedire una frantumazione concettuale di fenomeni cui può giovare essere visti nell'ambito di una cornice comune.

⁽¹⁷²⁾ HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, New Haven-London, 1919 (rist. 1964), pp. 63-64; cfr. STONE, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, Sidney, 1964, p. 146. La ricerca di « concetti più ristretti », tipica di taluni realisti (che d'altronde adoperavano benissimo, ai loro fini di demistificazione, anche le categorie più ampie come l'*agency*; si pensi, appunto, a HOLMES) muove forse da esigenze opposte a quelle che mi sembrano palesi nel nostro ordinamento.

con le stesse parole, un suggerimento che è già stato recentemente lanciato a chi abbia ad occuparsi in genere di tutti i rapporti di lavoro ⁽¹⁷³⁾, e così dei contratti di impresa.

A questi principii non può non ispirarsi, come credo di avere dimostrato anche con gli opportuni richiami storici e comparatistici, ogni analisi ricostruttiva, ogni «teoria» del rapporto di agenzia.

Per vero: un diverso sviluppo di questo rapporto avrebbe potuto avere carattere più «commerciale» e più «storico»: dal *servus* al *magister navis*, dal figlio del mercante al suo fattore, dal mandatario commerciale al rappresentante di casa estera, l'agente in senso lato ha avuto la sua tradizione. Ma la nostra attuale è una codificazione «letteraria e pedagogica» ⁽¹⁷⁴⁾, che ha seguito una sua logica troppo spesso isolata dall'esperienza: beninteso, non è tanto l'individuazione della figura dell'agente in senso stretto, ossia del procacciatore d'affari rispetto ad ogni altra figura di preposto, che qui si lamenta; ché anzi si trattava, come abbiamo visto, di un'esigenza sentita da decenni; ma è piuttosto il suo insediamento dogmatico in limiti di cui abbiamo appena constatato la ristrettezza di prospettiva a lasciare l'interprete insoddisfatto.

Questi limiti sono dovuti, come ho premesso e come chiarisco ora rapidamente, al concomitante sviluppo (di cui si sono tracciate le linee fondamentali) delle più recenti nozioni di mandato e rappresentanza; in questo senso: che l'aver legato il mandato al compimento di atti giuridici ha portato in primo piano, come non mai in precedenza, l'idea che solo all'attività giuridica sia connessa l'operatività di taluni meccanismi giuridici, che da un lato avrebbero potuto benissimo cessare di essere strumenti di rilievo nel traffico giuridico moderno (così appunto il mandato), dall'altro avrebbero potuto essere costruiti con diversa latitudine, e cioè indipendentemente dal riferimento alla nozione di atto giuridico (così appunto la rappre-

⁽¹⁷³⁾ MANCINI, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 247-9.

⁽¹⁷⁴⁾ MOSSA, *Trattato*, IV, *Società per azioni*, Padova, 1957, p. 613.

sentanza). La rappresentanza in senso proprio, invece, è condizionata, nel sistema vigente, dal compimento di attività « nel nome », e naturalmente « nel nome » non può compiersi che un'attività giuridica, posto che l'attività materiale, proprio in quanto tale, è per così dire anonima; donde il corollario (talvolta inespresso, ma sempre implicito) che gli effetti giuridici riflessi, in qualche caso riconosciuti all'attività materiale, non possano essere causati dalla rappresentanza, ma da un meccanismo diverso, da individuarsi volta per volta ⁽¹⁷⁵⁾. Ancora una volta, significativamente, l'*agency* si comporta in altro modo, togliendo quasi ogni rilievo alla spendita espressa del nome del *principal*, anche nei casi di *disclosed agency* e di

(175) Credo che difficilmente si sarebbe potuto esporre il procedimento logico che ha portato alle attuali risultanze più limpidamente di quanto ha fatto il Rocco, *Principii*, cit., pp. 317-320, con queste enunciazioni, che ritengo opportuno trascrivere per esteso: « Rispetto a questo fenomeno della separazione tra autore « dell'azione e destinatario dello scopo bisogna distinguere tra i fatti materiali e « le dichiarazioni di volontà. E ciò non perchè il fenomeno sia sostanzialmente « diverso nei due casi, ma perchè si comporta alquanto diversamente. Quando si « tratta di fatti materiali, gli effetti giuridici vantaggiosi (acquisto di diritti) o dannosi (responsabilità) che ne derivano secondo che sono leciti o illeciti, si ripercuotono nella persona del destinatario dello scopo, ogni qualvolta l'autore dell'azione appare come autorizzato ad agire nell'interesse altrui. Occorre dunque il concorso di queste due condizioni, perchè l'effetto giuridico si produca nella persona del destinatario dello scopo: che vi sia l'autorizzazione di agire per altri, che quest'autorizzazione sia nota od appaia, sia dal modo stesso in cui l'azione si è manifestata, sia da altre circostanze estrinseche dell'azione. Si noti bene che non occorre l'autorizzazione specifica a compiere quell'azione, basta una autorizzazione generica ad agire. Questo spiega come chi costruisce o pianta o produce una merce nell'interesse di un altro, o, come si dice, per conto altrui, e in genere chi fa un'opera materiale per un altro, fa acquistare a questi la proprietà dell'opera. Questo spiega altresì come colui che commette un fatto illecito, mentre agisce nell'interesse altrui, rende il destinatario dello scopo nel conseguimento del quale fu commessa l'azione illecita, responsabile di questa (art. 1153; capov. 3° codice civile). Quando si tratta di dichiarazioni di volontà, il fenomeno si presenta in modo alquanto più complesso ».

E più avanti, riprendendo il tema della distinzione tra rappresentanza e istituti affini: « Quanto alla differenza fra il fatto materiale e la dichiarazione di volontà, essa è stata già posta più innanzi e consiste principalmente in ciò, che il fatto materiale è bensì un fatto volontario, ma in cui la legge considera soprattutto le modificazioni recate dalla volontà umana nel mondo esteriore e a queste ricollega effetti giuridici, mentre nelle dichiarazioni di volontà o negozi giuridici, la legge riconnette effetti alla manifestazione di volontà *come tale* ».

express authority (ossia che maggiormente si avvicinano alla nostra rappresentanza diretta in senso stretto).

Inutile sottolineare che, mentre si concretizzavano nel codice le soluzioni che abbiamo ricordato, non si provvedeva invece ad una sistemazione organica del lavoro in tutte le sue manifestazioni (dipendenti o meno della presenza dell'impresa); sistemazione che, d'altronde, avrebbe appunto ridotto il mandato al suo preconizzato ruolo di « foglia secca ».

Per i limiti descritti, la situazione di diritto positivo è oggi pertanto la seguente:

a) il contratto di agenzia è un tipo contrattuale autonomo, estraneo al tipo fondamentale del mandato; l'eventuale conferimento di rappresentanza all'agente, e in genere il compimento da parte sua di attività giuridica nell'interesse del principale, potranno comportare, limitatamente a questo ambito, l'applicazione di regole proprie del mandato, genericamente e indirettamente richiamate anche dal rinvio di cui all'art. 1746, cod. civ. agli obblighi del commissionario, « in quanto non siano esclusi dalla natura del contratto di agenzia »;

b) il contratto di agenzia è contratto di durata; quella dell'agente è obbligazione di mezzi o di diligenza, a fronte della quale la retribuzione condizionata ad un determinato risultato va spiegata con riferimento alla genesi del rapporto sul piano economico-organizzativo e con l'agevole « misurabilità » del risultato stesso, senza che peraltro ne risulti alterata la natura della prestazione;

c) il contratto di agenzia appartiene al *genus* dei contratti di prestazione di lavoro, ovviamente al di fuori dell'organizzazione interna dell'impresa, e quindi facenti capo non già agli artt. 2094 ss. cod. civ., bensì all'art. 2222; nell'ambito del c.d. contratto d'opera (di cui alla rubrica di quest'ultima norma), è previsto in particolare il compimento non già di un'opera bensì di un servizio; è pertanto possibile parlare di *locatio operarum* anziché di *locatio operis*, se così si preferisce, purché

naturalmente la distinzione sia intesa con riferimento alla continuità della prestazione piuttosto che (come è ormai uso prevalente) con riferimento al lavoro subordinato anziché autonomo;

d) la classificazione di cui al punto precedente comporta automaticamente che, qualora il compimento del servizio sia assunto mediante un'organizzazione ad impresa, il lavoro autonomo dell'agente assuma senz'altro le caratteristiche di quel contratto tipico fra i contratti di impresa che è l'appalto (art. 1655 cod. civ.); il che a sua volta implica che, essendo oggetto del contratto « prestazioni continuative o periodiche di servizi » si osservino, in quanto compatibili, anche le norme relative al contratto di somministrazione (art. 1677).

Tutto ciò andava detto con riferimento all'inquadramento sistematico del rapporto, peraltro regolato nei suoi aspetti consueti dalle norme che gli sono specificamente dedicate agli artt. 1742 ss. cod. civ., nonché dagli accordi collettivi in vigore.

Non suoni formalistico il rinvio a un contratto di impresa quale il contratto di appalto con riguardo agli *Arbeitnehmer-ähnliche Agenten*. Nella società contemporanea vi è tutta una serie di piccoli imprenditori che in sostanza danno in appalto essenzialmente il proprio lavoro. Quanto più stretto è il rapporto di ausiliarietà tra i piccoli imprenditori e le imprese maggiori, tanto più è palese questo sostanziale appalto di lavoro; il quale anziché a imprese specifiche viene dato — per così dire — all'organizzazione del mercato in generale quando il rapporto invece non è di vera e propria ausiliarietà, bensì di formale indipendenza, come nel caso dei piccoli commercianti.

Ora, è evidente che l'alienazione del lavoro in tutte le sue forme non può ormai che essere regolata da norme di tutela a) della retribuzione, b) della possibilità di lavoro, c) della sussistenza in tutti i casi di inabilità. È superfluo rilevare come, infatti, un diffuso sistema di sicurezza sociale, l'estensione di norme caratteristiche del lavoro subordinato ad altri tipi di

rapporto che dovrebbero teoricamente comportare un rischio autonomo, e la protezione dell'avviamento e della c.d. proprietà commerciale, rispondano precisamente a questo tipo di esigenze, di cui abbiamo appena messo in rilievo la genesi e le cause. Quale sia il costo sociale, e quindi la forma più efficiente, di tutti i diversi possibili sistemi di organizzazione della nuova società industriale, non è qui il caso di analizzare, e tanto meno di valutare. Ci siamo accontentati di rilevare fuggevolmente le implicazioni di questa problematica, già presenti o latenti nel nostro sistema di diritto positivo.

Ho già accennato poco più sopra al fatto che la figura dell'agente quale oggi è regolata in senso tecnico non si riallaccia alla tradizione del c.d. agente (fattore) che in altri tempi fungeva da ausiliario del mercante sulla base di svariatisimi, e spesso frammisti, rapporti economico-giuridici, che andavano dalla subordinazione alla società. Oggi da un lato i preposti (institori, procuratori, commessi) fanno capo ad una organizzazione ad impresa; dall'altro lato si è estinto il mandato commerciale e langue la commissione, essendo così scomparse le più classiche manifestazioni del rapporto autonomo di ausiliarità; ma si può dire che le maggiori imprese di agenzia, e per altro verso i c.d. concessionari esclusivisti, abbiano una regolamentazione adeguata? Sopravvive, nel campo del diritto della navigazione, sia nella pratica che in una normativa più articolata, il raccomandatario, o agente marittimo, che paradossalmente non è (in genere) agente in senso tecnico, e al tempo stesso è la più tipica figura ancora esistente di agente in senso classico, di ausiliario su piazza lontana (si noti: mandatario e assistente tecnico, cooperatore giuridico e materiale). A questo più elastico istituto della raccomandazione marittima ci si sarebbe forse potuti proficuamente ispirare per una più realistica e meno dogmatica sistemazione degli ausiliari commerciali.

Ma ogni considerazione che si attardi su un piano puramente ipotetico ha limitatissimo valore, ed è comunque marginale.

Questo primo contributo allo studio della figura p'ù nuova di ausiliario ha inteso invece porsi come premessa all'esame analitico dell'istituto ricreandone la prospettiva storica e curandone la collocazione teorica nel modo più aderente alla realtà dell'attuale strumentazione giuridica; non senza cercare di evocare la complessità delle trame seguite dal legislatore ed anche delle occasioni perdute, e le concrete possibilità (spesso presenti nelle norme) di utilizzare qualche idea presso di noi trascurata, ma di agevole derivazione da teoriche allargate o da altri ordinamenti.