

ENRICO ZANELLI

RAPPRESENTANZA E GESTIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. Lineamenti fondamentali del rapporto tra rappresentanza e gestione. — 2. Le matrici concettuali del sistema: dall'*actio institoria* alla gestione rappresentativa moderna. — 3. La revisione critica dell'idea di rappresentanza; un vuoto giuridico da colmare: l'idea di gestione. — 4. Gli spunti testuali verso l'idea di gestione. — 5. Le manifestazioni gestorie o rappresentative in senso lato: A) la responsabilità vicaria per l'illecito *in contrahendo*; B) la c.d. rappresentanza apparente e la ricostruzione della nozione di gestione; precisazioni terminologiche; C) l'incidenza della procura e della pubblicità: α) il rilievo della conoscenza da parte del terzo dell'esistenza del rapporto gestorio e del conferimento dei poteri rappresentativi; β) la rappresentanza civile e l'art. 1396 cod. civ.; γ) le forme di rappresentanza nell'impresa e il sistema di pubblicità; δ) sistema e antisistema nel diritto vivente; un'esperienza paralogistica concreta: gli *agency powers in common law*. — 6. Conclusioni.

1. Se ci domandiamo attraverso quale sviluppo concettuale si siano venute creando le nozioni giuridiche che attengono alle varie forme di cooperazione, e in particolare alla gestione di interessi, o affari, o (con termine latissimo) situazioni altrui, siamo portati a ritenere, come prima impressione, che si tratti di un settore composto di istituti complessi ed elaborati, facenti capo ad ardue sistemazioni e classificazioni, nel cui ambito è occorso, o si è voluto, distinguere tra sostituzione e partecipazione, surrogazione ed assistenza, vicarietà ed ausiliarietà, autorizzazione ed ordine, gestione, interposizione, procura, rappresentanza (per non parlare delle situazioni di base su cui quei meccanismi si innestano: capacità, legittimazione, facoltà, potestà ecc.) (1).

(1) La letteratura su queste nozioni è vastissima, e ad essa occorre riferirsi di volta in volta. Mentre come primi punti di riferimento mi limito a indicare BETTI, *Teoria gener. del negozio giuridico*², in *Trattato Vassalli*, Torino, 1960, pp. 554 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine gener. del diritto civile*³, Napoli, 1966, pp. 266 ss.; PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 483; BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*⁴, Bologna, 1958, pp. 20 ss., 25 ss., 65 ss.; rimando inoltre, per una più ampia bibliografia, ai miei *Studi sull'agenzia* (in corso di pubblicazione), p. 111, nota 2.

In realtà, un riesame in prospettiva consente di riportare questa fioritura all'*humus* di serra della dogmatica recente, e di constatare che, nella natura delle cose, tutta la fenomenologia in questione ha sempre ruotato (prima, e in un certo senso anche dopo affinamenti e ibridazioni) intorno ad un filone in cui si ritrovano, distribuiti in un arco di secoli, due o al massimo tre concetti giuridici fondamentali: il lavoro o l'opera, il mandato, la rappresentanza.

Sarebbe inutile accennare qui ai termini, ossia agli istituti, sostanzialmente corrispondenti nei sistemi giuridici più affini al nostro. Vale la pena di rilevare invece fin d'ora che la sistematica di *common law* in materia è, se possibile, ancora più semplificata, riducendosi ad operare su due soli punti di riferimento, dotati però di grande flessibilità: *service* o *employment*, ed *agency*; gli spezzettamenti ulteriori (allora numerosissimi) non hanno carattere di concettualizzazione, ma piuttosto di normativa casistica, inquadrata direttamente nei grandi settori di operatività del diritto anglosassone, ossia *contracts* o *torts*, attraverso il meccanismo integrato dell'*agency* e della *vicarious liability*, in funzione di disciplina dei rapporti (interni ed esterni) *master-servant*, *employer-independent contractor*, *principal-agent* ⁽²⁾.

Nella nostra storia giuridica la funzione dei concetti risalenti, quali sono la *locatio operis* od *operarum* e il mandato, è a tutt'oggi confusa, o appena in via di decantazione; e quella del concetto più recente, la rappresentanza, è per troppi versi

⁽²⁾ È vero peraltro che nell'*equity* è anche utilizzato il meccanismo del *trust*; ma esso si inquadra nell'ultimo grande settore dell'ordinamento anglosassone, la *property*; cfr. FRANCESCHELLI, *Il « trust » nel diritto inglese*, Padova, 1935, pp. 138-9; LAWSON, *Introduction to the Law of Property*, Oxford, 1958, p. 43. È superfluo tuttavia sottolineare la vicinanza fra rappresentanza e fiducia, e in particolare la flessibilità ed adattabilità a scopi di vario genere del *trust*, considerato « elastico e generale » come il contratto (lo ricorda lo stesso FRANCESCHELLI, *ibid.*) da MAITLAND, *Equity. A course of Lectures*², Cambridge, rist. 1949, p. 23. Sui rapporti fra *trust* e *agency* cfr. da ultimo STOLJAR, *The Law of Agency. Its History and Present Principles*, London, 1961, pp. 10-11.

incompleta ed inadeguata. Il discorso vale anzitutto per il diritto civile, ma in un certo senso ancor più, sul piano sistematico, per il diritto commerciale, nonostante il più frequente adattamento alle esigenze pratiche che caratterizza quest'ultimo, con disposizioni peraltro disorganiche ed a loro volta coinvolgenti una serie diversa di difficoltà, tipiche d'altronde di ogni tentativo di privilegiare, contro una logica concettuale consolidata e di tutto riposo, la *Verkehrssicherheit* a scapito della *Rechtssicherheit*.

Queste note si propongono di verificare, soprattutto alla luce delle situazioni di traffico concrete, la teorica della rappresentanza, considerandone sia le stratificazioni dogmatiche che i riscontri di diritto positivo; e di porre in rilievo la sottostante, anzi — come si vedrà — la *sovrastante* collocazione di una serie di situazioni rappresentative in senso lato, rispetto alle quali il concetto di gestione non verrà proposto volta a volta come punto di riferimento interno o come dato antinomico della rappresentanza stessa (secondo le impostazioni tradizionali), bensì come presenza operativa riassuntiva alla quale ricondurre i diversi piani di efficacia dell'agire alieno in capo all'interessato.

L'occasione del presente lavoro si ritrova in un più vasto disegno di studi che vado conducendo in tema di agenzia e rappresentanza commerciale: nel corso dei quali, affrontando il passo obbligato dell'inquadramento di tali istituti nel sistema delle imprese ausiliarie, e così puntando alla definizione dell'ausiliarietà, nei suoi profili storici ed in quelli attuali, ho dovuto constatare precisamente la carenza di un modulo concettuale idoneo (a mio avviso) a ricomprendere i vari aspetti, la natura giuridica e gli effetti dell'attività ausiliaria, sul piano dei rapporti contrattuali o negoziali, o comunque su quello dei meccanismi di imputazione dei risultati delle operazioni compiute.

Se questa origine della ricerca si risente in talune sottolineature, o per le limitazioni stesse nel cui ambito è racchiuso lo studio dei profili che ci sono parsi più significativi, la concretezza del punto di riferimento da cui sono prese le mosse può

comportare d'altronde una proficua possibilità di controllo (che si è sempre cercato di utilizzare) della validità di molti dei risultati ottenuti, esposti già in questa sede o ripresi negli altri studi in corso.

Per quanto posso sin d'ora rilevare, lo svolgimento dell'indagine ha soprattutto posto in luce, come fattore essenziale dell'analisi attuale anche di uno solo degli istituti di natura ausiliaria, la necessità di allargare il discorso a tutto il territorio su cui si estende, nel suo sviluppo storico e nelle sue varie manifestazioni, la gestione rappresentativa.

2. Naturalmente è anzitutto con riferimento al diritto romano che il problema dei rapporti tra i vari fenomeni attinenti alla cooperazione materiale e giuridica (organizzazione familiare, mandato, *locatio-conductio*, rappresentanza) presenta non lievi incertezze e difficoltà, anche di individuazione dell'effettiva situazione caratterizzante le varie epoche, dalla preclassica alla giustiniana. Utilizzando peraltro i punti salienti, e sostanzialmente incontrovertibili, delle ricerche anche recenti in materia⁽³⁾, si può tuttavia delineare un sistema sufficientemente coerente nella sua evoluzione, che mi pare doversi schematicamente ricostruire come segue:

a) l'organizzazione familiare dei sottoposti è adeguata, per un certo periodo e per atti usuali nell'ambito domestico, a soddi-

(³) Per il ragguaglio più aggiornato in argomento cfr. ORESTANO, voce « *Rappresentanza (Diritto romano)* », in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, pp. 795 ss. Per gli sviluppi delineati nel testo mi limito a ricordare, fra le indagini pubblicate negli ultimi decenni, quelle che ho avuto occasione di utilizzare più frequentemente: RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano*, in *Annali Semin. giur. Univ. Palermo*, XIV, (1930), pp. 389 s.; DE ROBERTIS, « *Invitus procurator* ». *Appunti sul procuratore nel diritto classico romano*, in *Annali Semin. giur. econ. Univ. Bari*, 1934, I, pp. 188 ss.; SERRAO, *Il procurator*, Milano, 1947; ARANCIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949; DÜLL, *Über Ansätze direkter Stellvertretung im früh republikanischen römischen Recht*, in *ZSS*, LXVII (1950), pp. 162 ss.; WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961; QUADRATO, *Del procurator al mandatario*, in *Annali Fac. Giurisprud. Univ. Bari*, XVIII (1963), estr.

sfare le necessità del *pater* o *dominus* anche per ciò che concerne i rapporti con i terzi ⁽⁴⁾.

(4) Per tutti ARANCIO-RUIZ, *Il mandato ecc.*, cit., pp. 3-8; ORESTANO, *Op. ult. cit.* In base alle considerazioni esposte nelle pagine immediatamente successive, la questione dell'assimilabilità o meno dei fenomeni in esame alla moderna nozione di rappresentanza diretta è per molti aspetti oziosa; sta di fatto che in tutto il periodo intercorrente fra le origini e l'epoca classica si ha una costante evoluzione verso una applicazione sempre più estesa di fattispecie operanti a guisa di rappresentanza diretta, se con ciò deve intendersi il riferimento immediato alla sfera giuridica del *dominus* dell'attività dell'interposto: questi effetti, assolutamente normali per gli acquisti dei sottoposti, si dilatano man mano nel duplice senso di produrre anche il vincolo obbligatorio del *pater*, e di realizzarsi inoltre per il tramite di *domestici*, che non si trovino più in stato di soggezione assoluta, quali i liberti (RICCOBONO, *Lineam. della dottrina della rappresentanza diretta ecc.*, cit., a pp. 394 ss.; ARANCIO-RUIZ, *Op. ult. cit.*, pp. 8-9; QUADRATO, *Dal procurator al mandatario*, cit., a pp. 36-7 dell'estr.).

Naturalmente la regola *per extraneam personam adquiri non potest* non è minimamente intaccata da questi sviluppi; oltre questi limiti, invece, si crea una casistica minuziosa, nell'intento di mantenere, formalmente e in linea di principio, la validità della regola stessa, senza scalfirla se non marginalmente, ad es. sul piano delle situazioni di fatto produttive di effetti giuridici, quali l'acquisto del possesso (ARANCIO-RUIZ, *Op. ult. cit.*, pp. 49 ss.; cfr. SERRAO, *Il procurator*, cit., pp. 95 ss., e BERNEISEN, *Per Liberam Personam*, in *RIDA*, serie 3a, VI (1959), pp. 249 ss.).

Circa la qualificazione di tutte queste fattispecie di operatività rappresentativa, le posizioni più esplicite (peraltro isolate) sono quelle del DÜLL, *Über Ansätze direkter Stellvertretung ecc.*, cit., che non esita a definire esempi di rappresentanza diretta già in epoca repubblicana numerose manifestazioni di attività svolte tramite *procurator*, e che inoltre argomenta analogamente sulla figura arcaica del *nuntius*, inteso come una anticipazione *ante litteram* del *procurator unius rei*: ma con riguardo al *nuntius* la questione (su cui dovremo ritornare) è indubbiamente più complessa, investendo più in generale il problema stesso dei limiti concettuali della rappresentanza nell'ambito delle attività materiali, da cui la tematica si estende poi agevolmente all'ambito delle attività illecite (cfr., per un'applicazione particolare, QUADRATO, *Op. ult. cit.*, pp. 10 ss.); e d'altronde proprio le attività delittuose, attraverso il regime della nossalità, ci offrono il più antico esempio di nascita di responsabilità patrimoniale a carico del *dominus* per atti del sottoposto, sia pure come conseguenza non già diretta degli atti stessi, bensì, indirettamente, come corollario del rapporto di appartenenza del *servus* al *dominus*: tanto è vero che, se tale rapporto si è nel frattempo modificato, risponde il padrone attuale del servo, e in ogni caso è facoltà sostanziale e processuale del *dominus* stesso di liberarsi dalla responsabilità mediante l'abbandono del colpevole, o *noxae deditio* (su cui si può vedere BRONDI, *Actiones noxales*, Cortona, 1925, e ID., *Istituz. di dir. rom.*, Milano, 1965; ma più utilmente DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles, 1947, in cui l'evoluzione dal fenomeno della vendetta collettiva a quello della responsabilità patrimoniale di gruppo, attraverso il filtro della responsabilità individuale, è perspicuamente e significativamente tracciata; e in particolare PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali*, in *Scritti giurid. in onore di F. Carnelutti*, II, Padova, 1950,

b) ampliandosi le esigenze di traffico giuridico, soprattutto nel campo dell'attività commerciale, si precisano le figure dell'*institor* e del *magister navis*, con la possibilità di renderne vincolante per il *dominus* l'operato attraverso le relative *actiones*, *institoria* e *exercitoria* ⁽⁵⁾, e si estende la sfera della coopera-

pp 113 ss., a pp. 143-5 e 155-6, dal quale è specificamente sottolineata — in parziale contrapposizione al DE VISSCHER — la obbligazione diretta in capo al *dominus* derivante dallo stato di soggezione dello schiavo).

La *nox*a costituisce, ovviamente, un caso limite e di derivazione composita, ma tutto ciò mi sembra sottolinei molto bene la concezione rigidamente e oggettivamente « organizzativa » da cui prende le mosse, e alla quale resta fundamentalmente ispirato pur negli sviluppi successivi, il nucleo del sistema romano di attribuzione riflessa degli effetti giuridici di una vicenda, negoziale o non, a un soggetto diverso da quello agente.

Un accenno alla « rappresentanza diretta » che si attuerebbe ad opera di persone giuridicamente incapaci è in GUARINO, voce « *Actiones adiecticiae qualitatis* », in *Noviss. Dig. it.*, I, 1, Torino, 1957, pp. 270-1.

Sull'argomento si vedano da ultimo le indicazioni di SERRAO, *La responsabilità per fatto altrui in diritto romano*, in *BIDR.*, 66 (1964), pp. 19 ss.

(⁵) Superfluo richiamare lo sviluppo delle *actiones adiecticiae qualitatis*, se non per sottolineare gli elementi salienti ai fini del nostro discorso: 1) trascurando l'*a. de peculio*, *tributoria*, ed anche *de in rem verso* — conseguenti in genere ad un'attività patrimoniale autonoma del sottoposto (salve le trasformazioni dell'epoca imperiale: ORESTANO, *Op. ult. cit.*) — e muovendo forse dall'*a. quod iussu*, operante in virtù di un'autorizzazione del *dominus* al negozio singolo, l'*a. exercitoria* e *institoria* tengono il *dominus* obbligato per tutto il complesso dell'attività commerciale marittima o terrestre esercitata per suo conto da un suo sottoposto, od anche — successivamente — da un suo preposto persona libera: si tratta dell'esempio più vasto di sistematica rappresentanza passiva, che si trasforma presto con azioni utili in rappresentanza attiva (quando gli acquisti al preponente non possono più avvenire automaticamente attraverso un preposto in sua *potestas*); ed è un esempio che, a mio avviso, illustra chiaramente come per i romani all'organizzazione familiare potesse equipararsi, a partire da un certo momento, un altro tipo di organizzazione, nella specie commerciale, che ancora una volta fonda un fenomeno rappresentativo su basi concrete e oggettive; (naturalmente, trattandosi di *actiones adiecticiae*, la rappresentanza opera solo parzialmente, nel senso che l'interposto resta pur sempre parte del rapporto); 2) base oggettiva di questa rappresentanza sono, come è noto, l'ambito del commercio e la *praepositio* ad esso, ancora per molto tempo indipendente dal rapporto bilaterale specifico di mandato, e costituita invece dal *dominus* con atti o fatti conclusivi cui il terzo possa far riferimento (anche quando svincolata dal rapporto di *potestas*: su questa evoluzione si può ancora vedere utilmente COSTA, *Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano*, Parma, 1891, pp. 39 ss.; cfr. anche QUADRATO, *Op. ult. cit.*, p. 12, per il quale la *praepositio* è superflua per il liberto, al-

zione, richiesta ormai soprattutto ai liberti, capaci di attività

meno nel caso di amministrazione generale); 3) il meccanismo delle due azioni si presenta come un complesso coerente e dalle caratteristiche uniformi, nonostante apparenti divergenze, che mi sembrano dovute più alla frammentarietà, occasionalità e manipolazione delle fonti che a effettive disparità di disciplina; esulano ovviamente dalle possibilità di trattazione in questa sede entrambi i problemi più grossi, tuttora irrisolti, concernenti le due azioni (e cioè quello dell'ordine cronologico della loro origine, e quello della estensione di doppio grado dell'*a. exercitoria*, dal *magister navis* all'*exercitor* preponente, e da questi al *dominus* quando l'*exercitor* sia a sua volta un preposto, duplicazione che potrebbe rendere parzialmente ragione della anomalia del nome dell'azione, rispetto all'*a. institoria*). Oserei peraltro azzardare una considerazione che, mettendo in rilievo una frequente coincidenza, anziché una contrapposizione, fra le due forme di rappresentanza commerciale, semplificherebbe i termini delle due questioni accennate: non mi sembra improbabile, infatti, che l'*exercitor*, preponente dei *magistri*, anziché la qualità di *dominus* rivestisse invece (almeno altrettanto frequentemente) la qualifica di preposto della più complessa azienda commerciale (del *dominus* o *pater*) cui le singole navi, e quindi i singoli *magistri*, facevano capo. Si sarebbe avuto cioè, nel caso di aziende operanti nel traffico marittimo, una frequente, per non dire normale, duplicità di ordini di preposti: l'*exercitor* preposto all'azienda (da un lato); il quale (dall'altro lato) in quanto tale era a sua volta preponente del *magister navis*, o più comunemente dei *magistri*; questa necessità non si sarebbe riprodotta, ovviamente, nel commercio terrestre (se non in una fase di sviluppo piuttosto avanzata, quando, significativamente, l'*a. institoria* « non sanziona più la responsabilità del *dominus* per l'attività dell'*institor*, bensì quella dello *institor* per l'opera dei suoi sottoposti »: ORESTANO, *Op. ult. cit.*, e citaz. *ivi*).

Ancorché nelle fonti tutto ciò non apparisca se non sotto forma di fattispecie particolari (D. 14.1.1.20; 22), ed anzi nella sistemazione si accrediti naturalmente il parallelismo tra *magister* e *institor*, e non tra *exercitor* e *institor* (D. 14.1.1.pr.), appare plausibile la congettura che, soprattutto tenendo conto del complesso sviluppo nel tempo dei fenomeni in esame, l'*a. exercitoria* assuma alcune delle caratteristiche che la contraddistinguono precisamente in funzione della frequente coincidenza nella stessa persona delle qualità di *institor* (o quanto meno di sottoposto) e di *exercitor* (o, se si vuole, di rappresentante del *dominus*, *exercitor* in senso lato), e in funzione della necessità di chiamare in ultima analisi a rispondere del fatto dei *magistri* (preposti) il *dominus* al quale l'*exercitor* (preponente dei *magistri*) è a sua volta sottoposto. Questo atteggiarsi del fenomeno non è stato sottolineato, fra gli studiosi dell'*exercitoria*, né da coloro che ne sostengono la priorità cronologica (COSTA, *Le azioni exercitoria e institoria ecc.*, cit., pp. 29 ss.; HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris, 1929, pp. 160 ss.; SOLAZZI, *L'età dell'« actio exercitoria »*, in *Riv. dir. navigaz.*, 1941, I, 183) e l'operatività di doppio grado (PUGLIESE, *In tema di « actio exercitoria »*, in *Labeo*, 3 (1957), 308), né da coloro che negano tale operatività (DE MARTINO, voce « *Exercitor* », in *Noviss. Digesto it.*, VI, Torino, 1960, pp. 1088 ss., che peraltro è disposto ad ammettere, al di fuori dell'*a. exercitoria*, una ipotesi analoga a quella da noi postulata, « per i negozi compiuti dal sottoposto nell'ambito delle funzioni di *exercitor* »: Id., *Ancora sull'« actio exercitoria »*, in *Labeo*, 4 (1958), 274, 300)

(quali quelle processuali) precluse ai servi ⁽⁶⁾; quanto agli estranei alla *familia*, la loro collaborazione *ex officio atque amicitia* si attua in base al mandato, al quale solo eccezionalmente ineriscono forme graziose di remunerazione, mentre le attività compiute dai terzi a titolo oneroso (peraltro di modesto rilievo nella loro materialità) ricadono ovviamente nello schema della *locatio* ⁽⁷⁾; in relazione a tutte queste forme di cooperazione si sviluppano regole e azioni variamente tendenti, nelle diverse fattispecie particolari, a ricondurre gli effetti dell'operato alieno, e il correlativo sorgere di responsabilità, nella sfera giuridica del *dominus* dell'affare, quasi a costituire, come si esprimeva JHERING,

o vedono nell'*institoria* il modello anche cronologicamente anteriore (GANDOLFO, *La priorità nei rapporti cronologici ecc.*, in *Arch. giur.*, 5 (1900), 45; BAUDANA-VACCOLINI, *Il mandato commerciale nel diritto romano*, in *Arch. giur.*, 55 (1895), 399). Quanto alle fonti, oggetto di una tarda e tormentata sistemazione, la normale occorrenza di quanto qui postulato non è da esse direttamente desumibile; tuttavia i testi, di per sé, non sono neppure tali da far escludere l'ipotesi del verificarsi di fatto del fenomeno, ed anzi è chiaro che potrebbero da esso ricevere spiegazioni proprio in ordine ai loro aspetti apparentemente più anomali.

Cfr. d'altronde, per significativi riconoscimenti della estensione del fenomeno stesso, GUARINO, voce « *Actiones adiecticiae qualitatis* », cit., e soprattutto l'ampia e persuasiva trattazione che ai frammenti ad esso collegati dedica il PUGLIESE, *In tema di « actio exercitoria »*, cit., a pp. 321 ss.

Aggiungerei infine, che, a render ragione della molteplicità dei livelli rappresentativi che sono caratteristici del traffico marittimo, si può pensare, come riprova, a quello che anche attualmente è il regime dei limiti della rappresentanza del comandante della nave rispetto all'area di poteri riservati all'armatore (o altro) suo rappresentante: cfr. artt. 306-7 cod. nav.

⁽⁶⁾ Cfr. SERRAO, *Il procurator*, cit., pp. 2, 91; QUADRATO, *Dal procurator al mandatario*, cit., pp. 8 ss. (che sottolinea la distinzione fra la figura del *servus actor* e quella, denegata, del *servus procurator*).

⁽⁷⁾ Mi sembra evidente, per la sua peculiare natura, che la funzione sociale del mandato esuli essenzialmente (nella sua genesi; e salvo sporadiche estensioni) dall'ambito del commercio (naturalmente finché il mandato conserva le sue caratteristiche originarie e resta distinto dalle altre forme di preposizione alla gestione di affari); del tutto persuasive al riguardo sono le acute considerazioni del WATSON, *Contract of Mandate etc.*, cit., pp. 16-23, (« This is further emphasized when we realize that *mandatum* is a purely Roman conception and is the only one of the Roman consensual contracts which has left little trace in modern systems »: *ibid.*, p. 21). *Contra* ARANCIO-RUIZ, *Il mandato ecc.*, cit., pp. 14 ss.

il « punto di irruzione storica » (*historischer Durchbruchspunkt*) del fenomeno rappresentativo ⁽⁸⁾.

c) a tali sviluppi non si coordina tuttavia (salve le precisazioni che dovremo subito fare) la formazione e l'evoluzione di un « autonomo » concetto di rappresentanza ⁽⁹⁾; ogni apparente passo in tale direzione si risolve in realtà soltanto, come si è detto, in una serie sempre più ampia di regole, o mezzi indiretti ⁽¹⁰⁾, tendenti a conseguire gli effetti proprii della rappresentanza (mediante il dosaggio dei due elementi chiave: rapporto di subordinazione o gestorio, e *contemplatio domini*) senza peraltro fissare ad essa contorni e limiti univoci, e soprattutto senza farne quello strumento di sdoppiamento della volontà, e degli effetti negoziali ⁽¹¹⁾, utilizzabile astrattamente in ogni circostanza (come

⁽⁸⁾ *Geist des röm. Rechts*, II, 2⁶⁻⁷, Leipzig, 1923, par. 39, pp. 338-9. In questo senso poi tutta la letteratura in argomento, almeno a partire dallo scritto del RICCOBONO, cit. sopra. La frammentarietà del sistema ne costituisce peraltro la caratteristica principale; gli stessi testi dedicati all'*a. institoria* sono un campionario di situazioni, spesso riferite ad umili cooperatori anche materiali (*circitores, muliones, fullonum et sarcinatorum praepositi, stabularii, pollinctores*, ecc.: D. 14.3.5, Ulp. lib. 28 ad Ed.), solo accomunate dal criterio di fissare la responsabilità del *dominus* o riportare al cunché nella sua sfera giuridica « *si modo aliter rem suam servare non potest* » (D. 14.3.2, Gai. lib. 9 ad Ed.). E così si comprendono altresì talune analogie funzionali con l'*a. institoria* e *exercitoria* di altre azioni anche civili, che fondano su basi oggettive la responsabilità per il fatto dei preposti: *receptum, actio furti adversus nautas*, ecc.: cfr. PUGLIESE, *In tema di « actio exercitoria »*, cit., a pp. 333 ss.; e le considerazioni più generali di SERRAO, *La responsabilità per fatto altrui ecc.*, cit.

⁽⁹⁾ Così, sostanzialmente, ORESTANO, *Op. ult. cit.*, nonostante la perdurante tendenza a seguire sino in fondo RICCOBONO nel riconoscimento dell'emergenza della rappresentanza diretta in diritto giustiniano (che d'altronde, a ben guardare, è discorso che può presentare diverse sfumature, proprio perché possono aversi manifestazioni in tal senso senza lo sviluppo del relativo concetto).

Ricisamente nel senso del testo WATSON, *Op. ult. cit.*, pp. 78-84, e alcune finissime pagine del POWELL, *Contractual Agency in Roman Law and English Law*, in *Buttersworth South African Law Review*, 3 (1956), 41 (che offre inoltre una caratteristica giustificazione della facilità con cui l'idea di rappresentanza diretta è stata accolta invece dalla giurisprudenza inglese: « The reason is probably that English law, instead of devising special subsidiary remedies as the Romans did, made do with the existing contractual remedies. It was an obvious economy of time and money to allow P[rincipal] and T[hird Party] to sue each other directly ... »: *ibid.*, p. 49).

⁽¹⁰⁾ Per tutti, ORESTANO, *Op. ult. cit.*

⁽¹¹⁾ O più genericamente dell'atto giuridico: così la nota costruzione di JHERING, *Geist des röm. Recht*, III, 2⁶⁻⁷, Leipzig, 1924, par. 63. Di sdoppiamento tra atti-

conseguenza di determinate manifestazioni esterne, e prescindendo invece normalmente dalla considerazione del rapporto gestorio) che è la c.d. « rappresentanza diretta » in senso moderno: quest'ultima è costruzione meramente pandettistica (alla quale, beninteso, si sono largamente uniformate le codificazioni contemporanee).

È evidente allora l'equivoco che affiora ogni volta che si afferma l'inesistenza della rappresentanza diretta presso i romani, implicando un impossibile confronto fra sostrati non omogenei. Per tutto l'arco del diritto romano la rappresentanza in ogni sua manifestazione è *conseguenza* di una determinata situazione gestoria; e si ha di fatto — almeno quanto agli effetti — *anche* la rappresentanza diretta (pur a prescindere dai sempre più labili rapporti di soggezione dei servi e dei liberti), ove questa si intenda, prima che come istituto riportabile sul modulo concettuale attuale, anzitutto come semplice variante o modo di essere del rapporto gestorio isolato, qualificato in funzione di una sempre più sentita esigenza di esplicitazione di fronte ai terzi, correlativa appunto al venir meno dell'evidenza rappresentativa intrinseca al rapporto di soggezione durevole ⁽¹²⁾ (così che fonte e limite del potere rappresentativo conferito al *procurator* finisce per diventare nella maggioranza dei casi una specifica formula inserita nel mandato, che viene ad aggiungersi agli altri espedienti elaborati in epoca antecedente, quali l'autorizzazione al terzo a trattare col preposto ecc.) ⁽¹³⁾.

vità e effetti parla il SANTORO PASSARELLI, *Dottrine gener. del dir. civ.*⁹, Napoli, 1966, p. 274.

⁽¹²⁾ La più limpida ricostruzione dell'alternanza, sia funzionale che formale, dei rapporti di *potestas* e di rappresentanza volontaria resta probabilmente quella di V. SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di dir. rom. nell'Univ. di Roma nell'anno acc. 1892-1893*, Roma, 1933, pp. 216-32.

⁽¹³⁾ ORESTANO, *Op. cit.* I rapporti tra mandato e procura, nei vari successivi sviluppi, dai più antichi (cfr. DÜLL, *Über Ansätze direkter Stellvertretung etc.*, cit.) ai più tardi, restano estremamente controversi: per tutti cfr. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato ecc.*, cit., pp. 44 ss.; SERRAO, *Il procurator*, cit., pp. 93 ss.; WATSON, *Op. cit.*, pp. 36 ss.; E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrechts. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, pp. 66 ss.

A proposito di queste vicende e della loro portata sistematica non posso evitare di aprire una breve parentesi: un punto chiave nell'evoluzione della complessa materia, sul quale è infatti opportuno qualche chiarimento, è costituito dal rilievo della regola « *per extraneam personam non acquiritur* » che, come è noto, risulta ancora accolta nel *Corpus juris* (il che vale, inoltre, anche per la regola « *alteri stipulari nemo potest* »). È pacifico, da un lato, che la regola si volle formalmente rispettata dai compilatori; dall'altro lato, che essa appare contraddetta, o quantomeno svuotata, dal contemporaneo riconoscimento di tutta una serie di fattispecie francamente rappresentative. Sembrerebbe agevole concludere con il KASER: « Nach alldem hat Justinian das Recht der Stellvertretung in ungefähr dem gleichen unabgeklärten Zustand der Nachwelt hinterlassen, den es schon am Ende der Klassik erreicht hatte » (14). Peraltro, se non si dubita che la regola « *per extraneam personam* » avesse ormai solo valore « formale », si può anche forse attribuire a tale « formalismo » qualche limitato rilievo sistematico, nel senso che la residua validità del principio (intaccato dalla possibilità in concreto di agire a mezzo di operatori giuridici) dovette operare così da tendere pur sempre ad ostacolare l'utilizzazione di formule pienamente rappresentative, tali cioè da rendere il rappresentato parte del negozio in quanto compiuto in suo nome: infatti, anche nei casi in cui nella terminologia adottata si sarebbe tentati di individuare (secondo la accezione corrente) manifestazioni di attività *alieno nomine* (15), non pare si vada, in realtà, al di là di attività *per conto altrui*, in cui la menzione del nome dell'interessato opera

(14) *Das römische Privatrecht*, II, München, 1959, p. 71, e nota 43 *ibid.*

(15) Sull'ambiguità di questa espressione cfr. già SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte nach röm. u. heut. Rechte*, Leipzig, 1881, pp. 23 ss., 31 ss., 151 ss.; ID., *Die Lehre von der Stellvertretung etc.*, I, Leipzig, 1900, pp. 115 ss.; LENEL, *Stellvertretung und Vollmacht*, in *Jher. Jahr.*, 36 (1896) 1, a p. 87; ID., *Handeln in fremdem Namen etc.*, *ivi*, p. 127, a pp. 131 ss.; e lo stesso JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, in *Jahrbücher f.d. Dogmatik*, 1 (1857) 273, 2 (1858) 67, a pp. 68, 86, 94 ss.

come semplice punto di riferimento dell'interesse, a quegli effetti rappresentativi che siano di volta in volta concretamente ammessi sul piano delle fattispecie contemplate dalle singole regole, e ciò sia nei rapporti sostanziali che nel processo ⁽¹⁶⁾ (quando in questo non soccorrevano per altro verso schemi particolari: ad es., nel processo formulare, la nota trasposizione nella *condemnatio*, ecc.).

In ogni caso, la varietà delle fattispecie riconducibili a schemi non univoci sotto il profilo dell'operatività rappresentativa può servire solo a dimostrare, se ve ne fosse bisogno, il sostanziale disinteresse che pervade tutto l'ordinamento romano nei confronti di ogni possibile contrapposizione concettuale tra rappresentanza diretta e indiretta.

Occorre soprattutto tenere presente, a mio avviso, che in origine la regola « *per extraneam personam* » doveva solo mettere in evidenza che, per aversi l'acquisto da parte del *dominus*, l'intervento di una persona libera non poteva sortire lo stesso effetto che derivava direttamente dal compimento dell'atto da parte del sottoposto: a fronte dell'evidenza del rapporto di *potestas*, e della

⁽¹⁶⁾ Singolarmente adatte a descrivere la sostanza del fenomeno mi sembrano, anche se riferite alla fattispecie della rappresentanza legale (secondo una visione particolare di questa) le seguenti parole di SANTORO PASSARELLI: « Per regola generale, nella sfera giuridica di una persona possono prodursi gli effetti dell'attività giuridica di questa stessa persona o di quella cui tale persona ne abbia conferito il potere: la persona investita del potere agisce allora *in nome* della persona interessata, nel senso che deve, come si suol dire, *spendere* il nome di questa per essere in grado d'influire sulla sfera giuridica della medesima. Dove invece la legge, per diverse esigenze, conferisce a una persona il potere di agire per un'altra persona, la persona investita del potere agisce in nome dell'altra persona, *non più* nel senso che debba *spendere* il nome di questa, quasi *prendendone* il posto ..., ma solo nel senso ben diverso, che, dovendo prodursi gli effetti dell'attività in una sfera giuridica diversa da quella dell'agente, è pur necessario *indicare il nome* della persona per cui gli *effetti* si debbono produrre » (*Dottrine gener.*, cit., pp. 276-7).

Alcuni atti processuali pervenutici sono tipici nel senso di riferire soltanto gli effetti del processo all'interessato, mentre nel procedimento stesso resta come parte il procuratore, ancorché agli effetti suddetti vi sia il riferimento al nome del *dominus*: cfr. ad es. le formule di mandato rintracciabili in BGU. I. 300 (pap. a. 148 p.C. = ARANCIO RUIZ, *Negotia*, n. 159, p. 488) e in P. Lond. II, 233 (pap. a. 345 p.C. = *ibid.*, n. 160, p. 491).

cogenza automatica delle conseguenze legate all'incapacità delle persone *alieni iuris*, è logico che qualsiasi altra forma di cooperazione sul piano della volontà negoziale, sia pure su incarico specifico, dovesse sembrare equivoca, e quindi da respingere.

Quando (come si accennava più sopra) quegli stessi atti, a cominciare da quelli materiali (per i quali l'automatismo permanente, come riflesso dell'assenza di ogni dichiarazione), vennero ad essere compiuti da procuratori libertini (anziché da servi), ed inoltre la soggezione dei libertini si andò attenuando, risultò inevitabile da un lato andare verso una progressiva parificazione dell'attività libera a quella servile, dall'altro esplicitare maggiormente il rapporto gestorio, non più desumibile immediatamente dalla soggezione del rappresentante. Insomma, è in relazione all'originaria incapacità giuridica delle persone *alieni iuris* che si spiegano agevolmente sia la logica dell'automatismo nell'attribuire al *dominus* gli effetti (dapprima solo favorevoli) dei negozi giuridici attuati tramite i sottoposti, sia la formulazione del principio « *per extraneam personam* », sia infine le persistenti limitazioni (in omaggio al principio stesso) della rilevanza giuridica di quanto compiuto dai rappresentanti (*rectius*: cooperatori), quando questi non sono più servi, ma liberi procuratori o liberi dotati di una propria autonomia e capacità patrimoniale e negoziale (17).

Concludo questi cenni segnalando un incipiente e, per i giuristi romani, inconsueto riflesso decisamente dogmatico, in cui è rintracciabile indirettamente il delinarsi in diritto classico del concetto autonomo di rappresentanza, beninteso con il risultato di rifiutarne l'applicazione in via normale: la trasformazione della

(17) Una tematica che va appena ricordata è quella dell'analogo svolgimento del divieto dei contratti a favore di terzi, anch'esso accompagnato in parallelo da espedienti sostitutivi affini, anche nei punti di contatto con la rappresentanza (PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi. Studio di dir. rom., civ. e commerc.*³, Padova, 1933, p. 81), soprattutto sul piano delle *res facti* (*adiectio solutionis causa, iussum delegatorio*, ecc.: cfr. RICCOBONO, *Lineam. della dottr. della rappresent. ecc.*, cit.; ampiamente BIGIARI, *La delegazione*, Padova, 1940, oltre che a p. 100, nei capp. V e VII).

figura del *nuncius* da vero e proprio rappresentante (naturalmente per atti singoli e con poteri circoscritti) quale esso risultava essere in epoca antica (¹⁸), a mero strumento di trasmissione della volontà altrui, in tutto simile ad un mezzo materiale quale l'*epistula*; in questa costruzione si può forse rinvenire non solo l'origine dell'artificiosa distinzione concettuale che, ancorché ripresa nella trattatistica contemporanea, continua a non convincere (come abbiamo già avuto modo di rilevare in vari luoghi), ma anche un immediato e singolare tentativo, più o meno consapevole, di « razionalizzazione » delle caratteristiche storiche del sistema romano della rappresentanza (¹⁹).

Riprendendo, dopo questa parentesi, il filo del discorso, è agevole osservare che naturalmente, in base all'evoluzione delle fattispecie rappresentative quali esse erano venute in concreto assestandosi nel diritto postclassico e nella compilazione, erano bensì presenti a questo punto tutte le premesse per l'elaborazione di una nozione « piena » di rappresentanza diretta astrattamente fondata sulla necessaria (e correlativamente sufficiente) spendita (autorizzata) del nome del rappresentato: ma ciò non toglie che lo svolgimento di tali premesse (di per sé estraneo al diritto

(¹⁸) DÜLL, *Über Ansätze direkt. Stellvertret. etc.*, cit., a pp. 163 ss.; cfr. ORNSTANO, *Op. cit.*

(¹⁹) È noto che il SAVIGNY (cfr. *Obbligaz.*, cit. alla nota seguente, pag. 59) considerava un'arbitraria interpretazione dei moderni la separazione del *nuncius* dalla categoria della rappresentanza; e non vi è dubbio che avesse ragione, ove si consideri tale concettualizzazione nel momento del suo perfezionamento; tuttavia è vero che nelle fonti era presente la tendenza ad isolare la figura del *nuncius*, in ragione delle circostanze delineate nel testo. La costruzione ora dominante (già avversata peraltro, oltre che, come è noto, da HOLMES, nella sua polemica con il THÖL, anche da HELLMANN, *Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften*, München, 1882, pp. 14 ss.; SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., pp. 217-8, CHIRONI, *Istituz. di dir. civ. it.*, I, Torino, 1912, p. 189) è accolta alquanto acriticamente in tutta la manualistica anche più vigile rispetto alla problematica del sistema (e cioè a dispetto della ben diversa graduazione di sfumature che sarebbe ricavabile dagli artt. 1390, 1391, 1395, anche indipendentemente dall'art. 1433 cod. civ.): cfr. per tutti, SANTORO PASSARELLI, *Dottr. gener.*, cit., p. 275; BARBERO, *Sist. istituz. del dir. priv. it.*, I^o, Torino, 1958, pp. 375-6.

antico ed anche intermedio, come vedremo) non si sia avuto che con l'opera dogmatica del secolo scorso.

Donde, in relazione a tale genesi storica ed alla identificazione fra mandato e procura — intesa questa come rapporto gestorio — in diritto giustiniano, l'equivoco iniziale del collegamento inscindibile della rappresentanza con il mandato ⁽²⁰⁾, ossia con la forma più autonoma, già nota, di incarico non necessariamente inquadrato in strutture organizzative ⁽²¹⁾; il successivo approfondimento della tematica della rappresentanza sotto il profilo operativo della volontà ⁽²²⁾; la concomitante enucleazione dell'autonomia della procura — intesa questa volta come *Vollmacht* o, più specificamente, *Bevollmächtigung* — in un arco che va da LABAND al recentissimo FLUME, passando da HUPKA e dai §§ 167 ss. *BGB* ⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ Oltre che nel *code Nap.* (art. 1894), nelle codificazioni degli stati tedeschi (cfr. l'*A.L.R.* prussiano del 1794, p. I, tit. XII) e nella dottrina dell'epoca (per tutti BUCHKA, *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*, Rostock u. Schwering, 1852, specie a pp. 230 ss.; PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1853, n. 323, p. 475; ma presso di noi ancora CHIRONI, *Istituz. di dir. civ.*, II, Torino, 1912, n. 344, pp. 183-5) sino alla decisiva distinzione tra mandato e rappresentanza posta dal LABAND, *Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. HGB*, in *ZHR*, 10, (1866), 183. Tuttavia nelle pagine di SAVIGNY, che pure rispecchiano la situazione dottrinale e legislativa antecedente, l'individuazione dei vari aspetti del fenomeno è nettissima (cfr. *Le obbligazioni*, (trad. it. di Pacchioni), II, Torino, 1915, pp. 79 ss.).

⁽²¹⁾ Il mandato è perspicuamente definito « il negozio di gestione storico e ancora oggi tipico » da SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del dir. civ.*, cit., p. 272.

⁽²²⁾ È la ricostruzione dogmatica dominante, e coerente con le linee di fondo del pensiero giuridico dell'ultimo secolo, a partire da JHERING, *Op. ult. cit.*, e negli svolgimenti successivi di MITTEIS, *Die Lehre von der Stellvertretung nach röm. Recht*, Wien, 1885; LENEL, *Stellvertretung und Vollmacht*, cit.; WINDSCHEID, *Dir. delle pandette*, (trad. it. di Fadda e Bensa), I, Torino, 1925, pp. 218-234; dei commercialisti THÖL, *Trattato di dir. commerc.* (trad. it. di Marghieri), I, Napoli, 1881, pp. 199 ss. (in diretta polemica col SAVIGNY) e WENDT, in ENDEMANN, *Manuale di dir. commerc. ecc.*, (trad. it. di Betocchi e Vighi), I, Napoli, 1897, pp. 240 ss., 277 ss.; e del nostro TARTUFARI, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti ecc.*, Torino, 1892, pp. 335 ss., 482 ss.; (cfr. anche SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., pp. 227-229).

⁽²³⁾ Cfr. da ultimo FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, in *Enz. d. Rechts- u. Staatswiss. (Abt. Rechtswissenschaft)*, *Allg. Teil d. bürgerl. Recht*, II, Berlin-Heidelberg, 1965, pp. 749 ss., 822 ss.

Lo sviluppo in questo senso, che aveva trovato naturalmente la sua espressione

È altrettanto chiaro che questo svolgimento non era tuttavia intrinsecamente necessario, e rispecchiava piuttosto le nuove esigenze sistematiche di un'epoca in cui il diritto si veniva costruendo esclusivamente su schemi individualistici; tanto meno poi si giustificava e si giustifica quella « riduzione » assoluta al solo tipo della rappresentanza diretta e astratta — o, come mi sembra più giusto dire, al concetto « autonomo » di rappresentanza ⁽²⁴⁾ —

più decisa in HUPKA, *Die Vollmacht*, Leipzig, 1900, (e su questa linea, oltre a NATTINI, *La dottrina della procura. La rappresentanza*, Roma, Milano, Napoli, 1910, cfr. GRAZIANI, *La rappresentanza senza procura*, Perugia, 1927 e *Negoziato di gestione e procura*, Roma, 1931, ora entrambi in *Studi di dir. civ. e commerc.*, Napoli, 1953, a pp. 1 ss. — specie a p. 25 —, e 61 ss.) costituisce tuttora l'opinione prevalente, accolta e meditatamente rielaborata da scrittori quali (salvo quanto diremo subito) MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Torino, 1952, p. 10 ss., e CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, pp. 149 ss.; nonché, non senza ambiguità e riserve, BETTI, *Teoria gen. del negozio giuridico*, in Trattato Vassalli, Torino, rist. 1960, pp. 576 ss. Il MINERVINI, peraltro, ha esplicitamente mutato opinione quando si è, per così dire, accostato in concreto ad un fenomeno rappresentativo tipicamente organizzativo, quale quello dell'amministrazione delle società (*Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, pp. 4 ss.), con riguardo al quale ha ammesso l'esistenza di ipotesi « in cui la rappresentanza volontaria discende dal negozio di gestione » (*ivi*, p. 7).

⁽²⁴⁾ Circa le tendenze a rompere con la teoria generale « autonoma » della rappresentanza, è stata di recente ricordata la presa di posizione di chi le considerava *eversive* (MANCINI, *Il recesso unilaterale, e i rapporti di lavoro*, I, Milano, 1962, p. 144); e lo stesso a. che richiama quel giudizio si dà pena di verificare se quelle stesse tendenze non siano invece, come apparirebbero a prima vista, *reazionarie*: cfr. BELVISO, *L'istituto*, I, Napoli, 1966, p. 75. All'una e all'altra connotazione si può certo restare indifferenti; non senza rilevare, tuttavia, la singolare coincidenza per cui la valutazione delle teoriche giuridiche della rappresentanza sembra avvalersi costantemente e drasticamente di termini del linguaggio, o gergo, politico!

Vale la pena di aggiungere (perché ciò porterà ad un chiarimento, come si vedrà subito, di notevole importanza) che, nella preoccupazione di razionalizzare e conciliare diversi indirizzi dogmatici, con riferimento agli aspetti più ardui del fenomeno rappresentativo, il BELVISO, *Op. cit.*, p. 91 (nota 146), giunge a scrivere che da parte di MITTEIS, LENEL e GRAZIANI (di cui sono noti i vari atteggiamenti sul concorso di volontà del rappresentato e del rappresentante) si negava la possibilità di considerare la procura come negozio a sé stante. Non si vede tuttavia donde una simile conclusione sia stata ricavata: quando, per limitarci all'ultimo fra gli a. chiamati in causa, se ne possono ricordare ripetute riaffermazioni del concetto di procura come di negozio autonomo, ancorché rivolto alla formazione (e in questo senso parte) del negozio di gestione rappresentativa, che è appunto negozio a formazione successiva (cfr. GRAZIANI, *La rappresentanza senza procura*, in *Studi cit.*, p. 25, nota 47; *Negoziato di gestione*

alla quale si è voluto sottoporre un fenomeno che, nella sua essenza, si presentava e soprattutto si presenta come assai più articolato, per varietà di presupposti e manifestazioni, sia nel quadro del modello organizzativo romano, sia nel quadro di modelli organizzativi moderni e industrializzati ⁽²⁵⁾.

3. Tuttavia, anche la reazione critica al prevalente atteggiamento dogmatico ha una sua posizione di rilievo ⁽²⁶⁾, ed indub-

e procura, *ivi*, pp. 61 ss.); il tutto, fra l'altro, coerentemente all'individuazione della rappresentanza come tipica zona di esplicazione dell'autonomia della volontà (*ibid.*, p. 71).

Ma ciò che preme rilevare è che la convinzione del B. deriva probabilmente dalla tendenza (che affiora d'altronde sovente negli scritti sulla delicata materia) a confondere, da un lato, il problema dell'autonomia o del collegamento della procura (conferimento del potere rappresentativo) rispetto al rapporto di gestione sottostante — ossia il profilo della genesi e funzione della rappresentanza —, e, dall'altro lato, il problema, ben diverso, dell'autonomia o del collegamento della procura (conferimento del potere rappresentativo e potere rappresentativo stesso) rispetto all'atto rappresentativo o negozio di gestione rappresentativa — ossia il profilo dell'attuazione e funzionamento della rappresentanza. Gli artt. 1387 ss. cod. civ., ad es., non risolvono univocamente né l'uno né l'altro dei due problemi; ma, mentre possono essere utilizzati nella ricerca di una soluzione al secondo (cfr. MANDRIOLI, *Premesse gener. allo studio della rappresentanza nel proc. civ.*, Milano, 1957, p. 195), sembrano restare del tutto estranei ad una qualsiasi chiarificazione del primo, che può essere ricavata eventualmente solo *aliunde*, dal sistema.

⁽²⁵⁾ Le distinzioni c.d. tecnico-giuridiche tenacemente perseguite ancora dal MANDRIOLI, *Op. cit.*, pp. 41-45, hanno, in un sistema implicitamente misto come l'attuale, per unico risultato (oltre a quello, indubbio, di stimolare l'approfondimento della tematica) quello di condurre ad un isterilimento — realizzato estrinsecamente, cioè come portato di una certa interpretazione — della sorgente effettuale della normativa. Il noto ammonimento sul valore delle tendenze concrete ai fini della progressiva revisione degli schemi classificatori (MÜLLER-ERZBACH, *Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien*, in *Jher. Jahrb.*, 53 (1908), 331) dovrebbe dunque restare inascoltato?

⁽²⁶⁾ Non si dice nulla di nuovo quando si richiamano al riguardo i contributi di SCHLOSSMANN, *Die Lehre von der Stellvertretung*, cit., (spec. vol. 2°); MÜLLER-ERZBACH, *Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung*, Berlin, 1905 e *Der Durchbruch des Interessenrechts etc.*, cit.; SEELER, *Vollmacht und Scheinvollmacht*, in *Arch. f. d. bürg. Recht*, 28 (1906), 1; H.J. WOLFF, *Theorie der Vertretung. (Stellvertretung, Organshaft und Repräsentation als soziale und juristische Vertretungsformen)*, Berlin, 1934; PACCHIONI, *Le teorie moderne sulla rappresentanza*, in BAUDRY-LACANTINIERE-WAHL, *Trattato. Del mandato ecc.*, Milano, s.d., a pp. 755 ss.; CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, pp. 62 ss.; SOTGIA, *Apparenza giuridica e dichiarazioni*

biamente ha avuto altresì un'influenza dialettica sul continuo processo di assestamento delle teoriche della rappresentanza.

Ed è precisamente ad un'ampia disamina di questo grosso nodo sistematico che sono dedicati i paragrafi successivi.

Non vi è spiegazione adeguata e completa del diritto attuale, ammoniva testualmente HOLMES, se non in termini di sopravvi-

alla generalità, Roma, 1930, pp. 89 ss., 107 ss.; PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, cit.; ma deve qui aggiungersi un richiamo alla impostazione problematica della rappresentanza indiretta sulla quale si sofferma il BIGIAVI nei suoi lavori sull'imprenditore occulto, e su cui dovremo ora ritornare ripetutamente; (nonostante l'ampio riesame critico di tutta la materia, invece, le argomentazioni del MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1955, contro il dogma dell'autonomia della procura, si svolgono tutte sul terreno dei rapporti tra la fattispecie negoziale di costituzione della rappresentanza e la fattispecie negoziale complessa di gestione rappresentativa: emerge qui in tutto il suo rilievo la distinzione ricordata *supra*, alla nota 24, restando quindi l'apporto del M.-F. al di fuori del presente, diverso, discorso).

In tutte queste ormai classiche trattazioni della nozione di rappresentanza in senso lato viene sostanzialmente sottolineata l'esistenza di *una gamma di fenomeni non indipendenti da un rapporto sostanziale sottostante (anche se non esplicitato)*, che possono poi trovare, sul piano normativo e su quello scientifico, diverse sistemazioni giuridiche, compresa, se si vuole, quella derivante dalla teoria dominante (che, naturalmente, è tale proprio perché più aderente, per condizionamento reciproco, ad un certo momento legislativo ... magari antecedente!): con la differenza che un'impostazione teorica rigidamente legata al dogma dell'autonomia tende a negare certe conseguenze, anche sul piano interpretativo, per ragioni essenzialmente schematiche (e basti pensare alla riluttanza con cui è utilizzato l'art. 147 l.f., ad es. nei suoi riflessi sull'art. 2208 cod. civ.), mentre le posizioni degli autori sopra richiamati sono sensibilizzate nel senso di rinvenire ogni possibile traccia di effetti delle situazioni sostanziali, nonché dei loro limiti o meglio delle loro graduazioni concretamente riscontrabili nelle norme, e sono quindi più idonee ad essere utilizzate nel quadro di un tentativo di ricostruzione della vicenda della cooperazione ed ausiliarietà, se è vero che « the life of law has not been logic: it has been experience » (HOLMES, *The Common Law*, [Boston, 1881], Cambridge, Mass., 1963, p. 5), e se si intende veramente, anche in casa nostra e senza ritardo, prescindere « dalla tendenza a soddisfarsi della mera 'logicità' del ragionamento e della statuizione, caratteristica del giurista e del legislatore di *civil law* » (BIGIAVI, *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962, p. 189).

Né si dimentichi che, fra l'altro, gli artifici logico-dialettici in tema di rappresentanza (istituto *abnorme*, diceva BINDER) sono sempre possibili: basta, ad es., ritenere tutte le forme di rappresentanza indiretta, cui non si possa non riconoscere efficacia, come espressioni di un conferimento implicito di poteri e di implicita spendita del nome, per riportare il fenomeno giuridico reale nell'alveo della schematizzazione prediletta. Il rilievo era già in PACCHIONI, *Op. ult. cit.*, p. 775, ... ma la tecnica è ancora largamente sfruttata dal FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, cit., in tema di rappresentanza d'impresa (p. 764), *Duldungsvollmacht* (p. 828), *Scheinvollmacht* (p. 832) ecc.

venza, nel sistema, di regole che hanno perso il loro vero significato.

Nonostante gli inevitabili momenti di rottura o di sfida rispetto agli istituti consolidati, nella misura del possibile si procederà tuttavia, per così dire, con il metodo non della contestazione, ma della constatazione.

L'impegno è di sciogliere le riserve e sviluppare le anticipazioni che, frutto di meditazione anche ove prive di svolgimento, sono già state avanzate in precedenza, o nello studio già apparso a suo tempo in tema di agenzia, tanto più che rispetto a quest'ultimo tema la presente indagine assume in parte carattere strumentale.

Per meglio seguire il filo dell'argomentazione, è bene precisare che non interesserà qui, ad es., tanto la crisi della rappresentanza in sé, quanto ciò che essa rivela agli occhi di chi studia fenomeni di cooperazione giuridica e materiale organizzata; non interesseranno tanto le comparazioni, le contrapposizioni, le rispettive insufficienze rilevabili raffrontando i diversi ordinamenti giuridici, o le diverse costruzioni all'interno di essi, quanto il significato di talune difficoltà comuni, e di taluni realizzati o mancati punti di incontro; e, ancora, i risultati ultimi, cui si perverrà o ci si avvicinerà, potranno interessare non solo per il loro valore autonomo nell'ambito della teoria della gestione, ma anche per la verifica che potrà esserne fatta in campi di applicazione specifici.

Con tali finalità, questa trattazione in cui si è voluto introdurre il binomio rappresentanza e gestione dovrà ora rendere ragione di uno sforzo unitario di commistione, che tende ad attraversare quelle barriere terminologiche e concettuali e quelle distinzioni, mediante le quali si è ritenuto talvolta di misurare delle distanze, e si è finito invece per creare dei vuoti giuridici.

4. È noto che, se da un lato il nostro codice vigente accoglie dalla dogmatica e riporta sul terreno legislativo, negli artt. 1387

ss., e 1703 ss., la nozione autonoma di rappresentanza, naturalmente diretta ⁽²⁷⁾, non mancano d'altronde norme problematiche

⁽²⁷⁾ Un ulteriore fattore di meditazione si rinviene sul terreno terminologico, sempre fertile di equivoci, e sul quale mi pare di poter notare che, nell'opporre a quella di *rappresentanza diretta* la nozione o (secondo taluni) pseudo-nozione di *rappresentanza indiretta*, quest'ultima espressione è stata volta a volta utilizzata in realtà in almeno due diversi significati: 1) per indicare la mancanza di un qualsiasi effetto rappresentativo « immediato » (preferisco qui usare un termine che non impegni la natura stessa della figura in discussione, come sarebbe il termine « diretto »), ossia l'irrelevanza esterna dell'attività gestoria, e la conseguente necessità di un rapporto trilaterale, con inserimento di un passaggio in capo all'interposto (citazioni superflue; per tutti, energicamente, MINERVINI, *Il mandato ecc.*, cit., pp. 11-12); 2) per indicare, all'opposto, il verificarsi di talun effetto « immediato » in capo al principale per l'operato dell'interposto, pur in assenza del presupposto della spendita del nome dell'interessato, assenza correlativa a quella di un autonomo negozio costitutivo di potere rappresentativo nell'interposto, con conseguente impossibilità di *contemplatio domini*, nel senso in cui questa si ritiene, normalmente, convalidata appunto da un'apposita fattispecie negoziale (procura o ratifica) (SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 270; PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile*, Milano, 1951, pp. 201 ss., specie a p. 333; ID., *Studi sulla rappresentanza*, cit., pp. 395 ss., 451 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel dir. priv. it.*, Napoli, s.d., pp. 700 ss.). Mentre l'utilizzazione *sub* 1) è quella cosciente, ossia corrisponde a quella generalmente e correntemente voluta quando si istituisce la contrapposizione tra rappresentanza diretta e indiretta, è però sostanzialmente l'utilizzazione *sub* 2) che talvolta, se non erro, più o meno inconsapevolmente prevale, quando ad es. si crede di riassumere nell'espressione *rappresentanza indiretta* il nocciolo tipico dell'esperienza giuridica romana in materia (cfr. per tutti, riassuntivamente, GUARINO, *Diritto privato romano*², Napoli, 1963, p. 634).

Evidentissima è l'ambivalenza qui denunciata in un passo del BIGIACCI, *Difesa ecc.*, cit., p. 154, nota 1, che stupisce rilevando come lo SCOGNAMIGLIO, nell'aderire alla tesi dell'imprenditore occulto, la inquadri nell'ambito della rappresentanza indiretta: ovviamente il B. pensa in termini di rappresentanza indiretta « irrilevante », come sarebbe ricavabile dalle attuali norme più esplicite in materia (che d'altronde dovrebbero allora far escludere l'uso stesso dell'espressione rappresentanza), laddove lo S., a fronte delle regole ordinarie in tema di mandato senza rappresentanza, attribuisce alla nozione di rappresentanza indiretta, precisamente sulla base degli effetti ricollegabili, fra l'altro, all'attività institoria segreta, una sua « rilevanza », e così quella più ampia portata che vi si riallaccia quando eccezionalmente ne derivino conseguenze giuridiche riconosciute dall'ordinamento.

Ma a sua volta, per motivi non dissimili (legati al diverso rilievo attribuito nelle varie teoriche al requisito della spendita, sia implicita che esplicita, del nome altrui: cfr. *supra*, alla nota 15), un'analoga duplicità di significati è riscontrabile nell'uso dell'espressione *contemplatio domini* (significativamente quasi del tutto ignorata dai romanisti), talvolta nel senso di imputazione (formale) dell'agire al rappresentato (ampiamente, anche sul piano della distinzione fra dichiarazioni e attuazioni, MANICK, *Das Anwendungsgebiet der Vorschriften f.d. Rechtsgeschäfte*, Breslau, 1901, pp. 313, 324 ss. e *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin, 1939, pp. 460 ss.; BETTI, *Teoria gen. del*

che non si coordinano perfettamente a quella prospettiva: ciò può essere tranquillamente rilevato (anche a voler tacere dell'ac-

neg. giur., cit., pp. 587 ss.; SACCESE, *La rappresentanza ecc.*, Napoli, 1933, pp. 129 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottr. gen. ecc.*, cit., pp. 285 ss.; MINERVINI, *Il mandato ecc.*, cit., p. 12) talvolta nel senso di « intenzione », o riferimento (sostanziale) alla di lui sfera giuridica, o più genericamente al suo interesse (cfr. DOMINEDÒ, voce « Mandato », in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, 1964, a p. 112, nota 3, che pur utilizzando l'espressione in senso tradizionale ne svaluta affatto il rilievo, argomentando dall'articolo 1704 cod. civ.; più esplicitamente PUGLIATTI, *Studi sulla rappres.*, cit., pp. 397 ss., 486 ss., che insiste sul valore puramente convenzionale della *contemplatio* come spendita del nome, equiparando a quest'ultima altri elementi).

Naturalmente l'una o l'altra utilizzazione si sono avute essenzialmente in funzione del favore o disfavore nei confronti dell'ammissibilità della rappresentanza indiretta, ma l'ambiguità della terminologia si è talvolta innestata sulla sostanza della controversia, soprattutto con riguardo all'analisi degli artt. 1705 ss., e in particolare ai problemi del trasferimento o doppio trasferimento dei beni oggetto di un mandato ad alienare o ad acquistare senza rappresentanza, e dell'efficacia traslativa od obbligatoria dei relativi negozi.

Per vero, da un lato il CARRARO, *Il mandato ad alienare*, cit., pp. 12 ss., 16 ss., 67-108, sostiene la necessità comunque di un doppio passaggio di proprietà in ogni ipotesi di rappresentanza indiretta nell'acquisto o alienazione di beni (il che, quanto all'alienazione, si spiegherebbe con l'efficacia traslativa collegata al mandato stesso e alla sua esecuzione; diversa la posizione del MINERVINI, *Op. ult. cit.*, pp. 117 ss., per il quale il trasferimento intermedio dipenderebbe da un ulteriore negozio astratto: ma non vedo assolutamente — con riguardo ai mobili — in quale momento concreto del rapporto di commissione tale preteso negozio di trasferimento si realizzerebbe, tanto che lo stesso M. deve ammettere restare esso comunque assorbito dalla mera devoluzione possessoria). Il PUGLIATTI, per contro, sottolineando il carattere diretto, o quanto meno automatico, dell'acquisto del mandante dal terzo (beninteso con riferimento ai beni mobili), non concorda affatto — contrariamente a quanto sembra ritenere il MINERVINI, *Op. ult. cit.*, p. 119, nota 3 — con la tesi dell'inaffidabilità di un trasferimento diretto dal mandante al terzo nelle ipotesi di alienazione, bensì, distinguendo anche qui tra alienazione di beni immobili o mobili registrati e alienazione di mobili non registrati (e limitandosi per il primo caso ad affacciare la soluzione del trasferimento in capo al terzo senza il tramite dell'acquisto da parte del mandatario, subordinatamente peraltro alla vecchia tesi negatrice della figura stessa del mandato ad alienare beni registrati), si pronuncia decisamente nel secondo caso nel senso di escludere il trasferimento dal mandante al mandatario, e di porre quest'ultimo in una semplice situazione di legittimazione, fondata sul mandato e sul possesso, a trasferire al terzo il bene di proprietà del mandante (cfr. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indir.*, cit., specie a pp. 314-15). E mi preme appunto rilevare che per queste costruzioni il ricorso all'una piuttosto che all'altra accezione delle nozioni di rappresentanza indiretta e di *contemplatio domini* è di importanza non trascurabile (né manca, talvolta, il riconoscimento esplicito di ciò: Id., *Studi sulla rappres.*, cit., pp. 468-9; *Fiducia e rappres.*

cenno all'interesse del rappresentato nell'art. 1388) per gli articoli 1705-1707, e per l'art. 2208 tanto più se questo è interpretato alla luce — come viene precisato nella più approfondita indagine in materia — dell'art. 147 l.f. ⁽²⁸⁾.

Soffermandoci brevemente su di esse, non avremo difficoltà ad ammettere che, indubbiamente, anche queste norme sono su-

indir., cit., p. 286; cfr. anche TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 434).

⁽²⁸⁾ Si potrebbero anche richiamare, come ha fatto il BIGIAMI, *Difesa ecc.*, cit., pp. 171 ss., gli artt. 2339 e 2615, ma sono norme che oserei dire meno significative proprio perché più esplicite nell'attribuzione di responsabilità in ipotesi quanto mai circoscritte di attività gestoria.

Profili di grande rilievo, sottolineati molto efficacemente da A. VENDITTI, *L'assicurazione di interessi altrui*, Napoli, 1961, pp. 155 ss., presenta indubbiamente l'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta, di cui all'art. 1891; mentre è legittimo anche in questo caso parlare di rappresentanza in senso lato, ed insistere sulla singolarissima distribuzione di effetti che il negozio compiuto dal contraente comporta, vorrei tuttavia osservare che la norma, contrariamente alle altre due sopra richiamate, non si colloca nel quadro di una attività e contempla invece un singolo atto; che forse in relazione a tale circostanza gli effetti sull'assicurato, cui spettano i diritti derivanti dal contratto, sono essenzialmente attivi, almeno a fronte dell'impresa assicuratrice e salvo per quegli obblighi (indubbiamente secondari) che « per loro natura » non possono essere adempiuti che dall'assicurato stesso; che, infine, ancora e significativamente in relazione al rilievo che viene dato ad un atto singolo anziché ad un'attività, l'assicurazione per conto altrui o di chi spetta è caratterizzata, seppur non da una spendita del nome in senso stretto, certo da una *contemplatio domini* (che nella trattazione del VENDITTI, resta, peraltro, in ombra) connaturata al necessario riferimento all'interesse dell'assicurato.

Per l'analisi di queste situazioni vanno ora aggiunte le approfondite osservazioni di OPPO, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 109 a pp. 145 ss. e soprattutto a p. 148, in nota 116; qui l'esame si dispiega tutto, appunto, sul rilievo della produzione degli effetti attivi per l'interessato, con particolare riguardo all'ipotesi dell'art. 1890 (assicurazione in nome altrui, senza potere rappresentativo) piuttosto che a quella dell'art. 1891. Per entrambe le ipotesi l'OPPO propende per il riconoscimento dello schema del contratto a favore di terzi, anziché della rappresentanza, ma questa conclusione ha, nel contesto, carattere incidentale, e non mi pare possa pregiudicare una diversa configurazione delle fattispecie esaminate, nel quadro di un ripensamento delle nozioni più generali: tanto più che le osservazioni dell'autorevole scrittore, qui riassunte, rientrano in un più ampio discorso che ha quasi sempre attinenza proprio con ipotesi rappresentative (di chi agisce per società personificate non iscritte: art. 2331), la cui disciplina è peraltro congegnata, secondo quanto sottolinea l'O., in funzione della mancata pubblicità. Precisamente sul problema degli effetti dell'attività gestoria in relazione alla predisposizione di un'adeguata pubblicità torneremo in seguito.

scettibili di una valutazione compatibile con le premesse su cui si fonda il meccanismo tradizionale della rappresentanza diretta, al quale vengono allora affiancati come supposti adattamenti eccezionali gli effetti ugualmente predisposti dalle norme in questione pur nell'assenza di quelle premesse, con una serie di giustificazioni, più o meno lineari e convincenti, del fenomeno sul piano funzionale e su quello tecnico.

Così, per gli artt. 1705 ss. non mancano sagaci ricostruzioni sistematiche intese ad attenuarne, per così dire, la forza d'urto che minaccia l'integrità del diaframma di fronte al quale dovrebbe arrestarsi, secondo i principî, il compimento di atti di gestione non rappresentativi ⁽²⁹⁾.

Quanto all'art. 2208, essendo le implicazioni della norma notoriamente troppo controverse per consentirne un esauriente riesame in questa sede, mi limiterò a ricordare che, ancora una volta con impeccabile consequenzialità, il FERRARA ⁽³⁰⁾ colloca agevolmente la norma nel sistema, escludendo dal suo meccanismo qualsiasi efficacia rappresentativa e restringendola a semplice strumento di tutela dell'affidamento dei terzi nella responsabilità del preponente per atti compiuti peraltro dall'istitutore nel *proprio* interesse, anche se astrattamente pertinenti all'impresa.

L'interpretazione correntemente accolta riallaccia invece la responsabilità del preponente agli atti dell'istitutore *palese* compiuti in tale sua qualità senza *contemplatio domini*, con una deviazione, rispetto alle regole ordinarie della rappresentanza, facilmente giustificabile.

E non varrebbe la pena di prendere in considerazione la terza soluzione, per la quale l'art. 2208 implicherebbe *di per sé* la fi-

⁽²⁹⁾ Particolarmente limpida nella sua brevità e linearità la trattazione del FERRARA, *Gli imprenditori e le società*⁴, Milano, 1962, pp. 122-26; e quanto al CARRARO, *Op. ult. cit.*, e al MINERVINI, *Op. ult. cit.*, già abbiamo richiamato (*supra*, alla nota 27) i profili salienti dei loro contributi. Ma nettamente nel senso dell'immediatezza dei rapporti fra mandante e terzo cfr. da ultimo Cass. 9 novembre 1964, n. 2714, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 264, e Cass. 10 maggio 1965, n. 879, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1965, II, 349.

⁽³⁰⁾ *Gli imprenditori e le società*, cit., pp. 43, 107.

gura dell'istitutore *segreto* (dei cui atti il preponente occulto sarebbe ugualmente responsabile), visto che nessuno scrittore autorevole sostiene più questa tesi dopo che il BIGIAVI ha corretto la propria posizione, riconoscendo che tale conclusione può bensì giustificarsi, anzi si impone, ma solo alla luce dell'art. 147 l.f. Senonché di recente si è ritenuto di poter contrastare l'utilizzazione dell'art. 2208 in quest'ultimo senso con una serie di argomenti, di cui almeno due non possono non lasciare perplessi nel quadro di uno studio del fenomeno institorio, e sono d'altronde sintomatici di una certa concezione della rappresentanza.

In primo luogo si sostiene infatti ⁽³¹⁾ che se il preponente rispondesse davvero degli atti dell'istitutore *segreto*, occorrerebbe desumerne un rapporto di rappresentanza che non potrebbe non estendersi a *tutti* gli effetti, attivi e passivi, dell'attività gestoria; ma le regole della rappresentanza dovrebbero importare allora la piena titolarità dell'attività d'impresa nel *dominus*, con esclusione di analogo qualifica nel preposto (contrariamente a quanto sostenuto dalla teorica dell'imprenditore occulto, che anzi presuppone il fallimento dell'istitutore *segreto*); l'art. 2208 si concilierebbe quindi solo con l'ipotesi di un istitutore *palese*, che pur senza spenderne il nome rappresenterebbe il proprio preponente *a tutti gli effetti*. Tralascio di controbattere l'affermazione, del tutto indimostrata, che in base all'art. 2208 il preponente acquisterebbe tutti i diritti e le obbligazioni derivanti dagli atti dell'istitutore (laddove la norma versa in tema di responsabilità e, quanto meno esplicitamente, consente solo l'azione del terzo contro il preponente, e non viceversa); mi limito a constatare come, in base a tale atteggiamento, la rappresentanza debba concepirsi come pienamente corrispondente al suo schema dogmatico, completo di tutte le componenti e di tutti gli effetti, o non debba concepirsi affatto. Ma la storia dell'esperienza giuridica in questo particolare settore del fenomeno institorio abbonda invece di fat-

(31) BELVISO, *L'istitutore*, cit., pp. 131-7.

tispecie rappresentative parziali e anomale. E del resto, come si spiegherebbe allora l'indubbia (anche se rovesciata) anomalia, per cui la responsabilità del preposto si aggiungerebbe, in questa diversa prospettiva dell'art. 2208, a quella del proponente?

Il secondo argomento si articola su due postulati che solo con un certo candore possono essere assunti come indiscutibili⁽³²⁾: e cioè che i principî della rappresentanza valgono solo per l'imputazione di atti giuridici e non di un'attività; e che, anche se potesse parlarsi di rappresentanza in un'attività, non si intende perché l'esercizio di essa dovrebbe discostarsi dalle regole che disciplinano la rappresentanza nei singoli atti. Non occorre discutere il primo punto, perché anche a volerlo considerare accettabile nella sua impostazione formalistica (nel senso che la rappresentanza, pur se inquadrata in un rapporto più ampio, non potrebbe non risolversi nell'imputazione degli effetti dei singoli atti giuridici), esso lascerebbe del tutto impregiudicato il secondo problema, e cioè se non vi siano ragioni valide perché il meccanismo di imputazione non resti, appunto, modificato in funzione del suo inserimento in un'attività: queste ragioni, infatti, potranno essere discusse, ed essere ritenute insufficienti o comunque non risolutive; ma non si può certo addurre di non conoscerle, per non avere alcuno chiarito in cosa consistano⁽³³⁾: laddove sulla molteplicità degli elementi distintivi dell'institore rispetto al mandatario (es. commissionario), ed anche rispetto al mandatario generale, si sono diffuse numerose trattazioni, e si è persino imperniata la costruzione del « sistema » della rappresentanza nell'impresa⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ *Ivi*, pp. 124-5.

⁽³³⁾ Così, testualmente, BELVISO, *loc. cit.*, p. 125 i.f.

⁽³⁴⁾ BIGIAMI, *Difesa ecc.*, cit., p. 153 ss., e già in *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954, pp. 117-157 e citaz. *ivi*.

Questi svolgimenti erano già stati contrastati sulla linea specifica qui riesaminata (per non parlare dell'assai più vasta letteratura polemica sul tema) dal MINERVINI, *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Napoli, s.d. ma 1963, con argomenti che, non dissimili da quelli poi ripresi dal BELVISO, si muovevano tuttavia in una prospettiva più

Non insisto ulteriormente su questo argomento, posto che anche la presente trattazione tende precisamente, in qualche parte, a fissare la prospettiva e la disciplina della rappresentanza nell'attività; come ho già accennato, importava unicamente a questo punto richiamare l'attenzione su un certo tipo di comprensione, o piuttosto — oserei dire, senza intento polemico — di incomprendimento del fenomeno considerato, tanto più seria in quanto, anche a prescindere dalle evidenti linee tendenziali di sviluppo del fenomeno stesso, non può dirsi neppure radicata sicuramente in una convincente analisi esegetica e sistematica della normativa attuale.

Indubbiamente, dicevo, persino le norme di cui si è ora discorso si prestano comunque (al di là dei rilievi specifici che si sono dovuti muovere a talune argomentazioni) ad operazioni di « recupero » dogmatico che, persuadano o no sul piano dei risultati, possono considerarsi, al limite, legittime se non altro come prove di resistenza delle nozioni consolidate.

Ma non si può negare che la tendenza a rompere con ogni concezione rigida di un paradigma rappresentativo tipico e imm modificabile poggia ormai su testimonianze testuali di non lieve consistenza, e che pertanto (a differenza di quanto non potesse avvenire con la precedente codificazione, e quasi riproducendo piuttosto il clima tipico dei dibattiti in cui oggetto di valutazione sia un diritto comune in divenire) gli spunti critici che raccolgono le istanze di un nuovo orientamento vanno maturando dall'interno del sistema, sulla linea di una ricorrente rivalutazione (che assume atteggiamenti di volta in volta aggiornati sulle esigenze pratiche rispecchiate dal diritto positivo)⁽³⁵⁾ non tanto

ampia, tenendo conto (pur attraverso accenni non sviluppati) dei diversi possibili atteggiamenti dei sistemi giuridici sul delicato problema della spendita del nome nell'interposizione gestoria (cfr. soprattutto a pp. 163-6).

⁽³⁵⁾ Per il più esplicito e meditato riconoscimento della graduale evoluzione interpretativa alla quale è necessario attenersi, al fine di produrre l'effettiva rispondenza del sistema normativo ad una concezione non meramente formalistica dell'istituto in esame, cfr. PUGLIATTI, *Studi sulla rappres.*, cit., pp. 402-3. Non si può fare a meno

della c.d. rappresentanza indiretta, o impropria, o economica, quanto piuttosto di uno schema analitico e sistematico comprensivo, tale da considerare il fenomeno rappresentativo distribuito su di una gamma senza soluzioni di continuità, e solo graduato sotto il profilo degli effetti sulla sfera giuridica dell'interessato: diretti, automatici, specificamente coercibili — secondo una realistica classificazione, offerta come prima conclusione su questa linea di ricerca, che ha fra l'altro il pregio di tentare di prescindere da pregiudiziali dogmatiche ⁽³⁶⁾; e aggiungerei che sulla stessa linea si sviluppano, a ben vedere, anche taluni recenti in-

di rilevare, piuttosto, che molte delle specifiche soluzioni accolte nella vigente normativa sono, oltre che anomale sul piano di una logica formalistica, scarsamente giustificate da un *rationale* operativo quale sarebbe quello dipendente da una matrice organizzativa, risultando esse poste (come perspicuamente osserva il FERRARA, *Op. ult. cit.*, p. 126, nota 37, con riguardo agli artt. 1705-1707) con lo scopo molto più generico di « agevolare il commercio e indirettamente il ricorso allo strumento del mandato ». Come dire che tali norme sono il portato, timido e contraddittorio, dell'emersione di una concezione del fenomeno rappresentativo ancora *in fieri*.

⁽³⁶⁾ La costruzione è contenuta nel rigoroso studio di PUCLIATTI, *Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta*, ora in *Studi sulla rappres.*, cit., pp. 453 ss., specie a pp. 486 ss., 492 ss.

Ritengo legittimo parlare al riguardo di prime conclusioni, perché la classificazione degli effetti rappresentativi cui è pervenuto il P. non mi sembra incompatibile con ulteriori, diverse, suddivisioni ricavabili anch'esse dalla portata concreta delle norme che disciplinano, appunto, gli effetti delle diverse fattispecie di attività compiute (o che appaiono compiute) *per* altri, o conversamente *tramite* altri. Così, fondamentalmente, mi sembrano ad es. configurabili una serie di possibili distinzioni fra i casi in cui sull'interessato si producano *tutti* gli effetti, o (contrariamente a quanto ritenuto da ultimo, come si è visto, dal BELVISO, *Op. cit.*, p. 135) soltanto quelli *attivi* o quelli *passivi* (puntuale la trattazione di VENDITTI, *Op. cit.*, pp. 152 ss.; cfr. anche BICIAVI, *Difesa ecc.*, cit., p. 175, nota 48; la questione non va confusa con quella, su cui torneremo a suo tempo, della necessaria corrispondenza, pur se con alternatività di soggetti, tra effetti attivi e passivi nei contratti a prestazioni corrispettive, su cui v. intanto OPPO, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, cit., a pp. 146-7); o fra i casi in cui la rilevanza esterna si concentri su uno solo dei soggetti del rapporto gestorio (interessato o agente) o si distribuisca invece eccezionalmente su entrambi, come avviene talvolta soprattutto dal lato della responsabilità (v. BICIAVI, *Op. ult. cit.*, pp. 187, 299-301); o, ancora, fra i casi in cui i riflessi siano limitati al campo contrattuale, o si estendano a quello extra-contrattuale (pur se, come è noto, quest'ultimo fenomeno è stato sinora quasi unanimamente ritenuto estraneo alla sfera di applicazione del meccanismo rappresentativo; ma nel testo la necessità di una ricognizione delle connessioni esistenti, già affermata altrove, viene ulteriormente sottolineata). Cfr. *infra*, nota 190.

dirizzi in tema di rappresentanza apparente e di rappresentanza di fatto (come vorrei definirle per il momento)⁽³⁷⁾; a quest'ultima poi, in particolare, si ricollega frequentemente, quando si versi in materia di fatto dannoso ad opera di dipendenti, il fenomeno della c.d. responsabilità vicaria.

Questi accenni consentono, a questo punto, il passaggio alle precisazioni che, per quanto riguarda questa delibazione della « gestione » nei suoi limiti specifici, saranno conclusive, e che d'altronde, in quanto contenute nel giro di una breve trattazione (per certi aspetti incidentale ad altri studi), costituirebbero indubbiamente un discorso troppo ambizioso se non fossero circoscritte all'enucleazione, dallo sfondo concettuale che veniamo delineando, di alcuni spunti costruttivi particolarmente significativi ai fini di qualsiasi analisi che, anche in altre sedi, abbia per oggetto i vari aspetti dell'evoluzione della cooperazione giuridica.

5. Per definire sinteticamente l'ambito di questa puntualizzazione, dirò che si tratta di fissare le interrelazioni tra le diverse manifestazioni atipiche di rappresentanza nelle varianti già accennate e in altre che si possono ulteriormente identificare, qualificate o meno dalla spendita del nome (autorizzata o no): e così le forme di rappresentanza segreta, apparente, tacita, di tolleranza, organizzativa o di fatto da un lato; dall'altro, le forme di responsabilità vicaria derivante da fatto degli ausiliari (per illecito contrattuale) o dei dipendenti (per illecito extracontrattuale o per *culpa in contrahendo*).

Il denominatore comune si ravvisa in termini di rilevanza dell'« interposizione », o (come anche è stato detto) « esercizio indiretto del potere », o « esercizio per altri », in quanto vi si innesti una « legittimazione »⁽³⁸⁾ che può anche, eccezional-

⁽³⁷⁾ Si tratta di espressioni di comodo e del tutto provvisorie, rispetto alle quali il successivo svolgimento comporterà tutta una serie di precisazioni e di ristrutturazioni anche terminologiche.

⁽³⁸⁾ Per il riscontro sistematico più recente si veda Franc. ROMANO, *La ratifica nel diritto privato*, Napoli, 1964, *passim*, spec. a pp. 148 ss., 189 ss.

mente, non ridursi ad essere attuazione immediata di una volontà privata in cui si inverino condizioni di assoluta autonomia, bensì porsi come conseguenza di un comportamento o di una situazione.

Se si osserva che le ipotesi sopra elencate (pur diverse fra loro, e in qualche caso non perfettamente descritte dalle formule provvisoriamente usate) sono quelle in cui manca un atto di assenso, esplicito e comunicato ai terzi, del *dominus* a che la propria sfera giuridica venga intaccata ad opera di un interposto, e che d'altronde l'efficacia *in tale direzione* dell'attività di quest'ultimo può essere riconosciuta o meno a seconda del concreto atteggiarsi, e relativa valutazione in termini di idoneità legittimante, del comportamento o della situazione considerati, si sono compiuti tutti i passi necessari per mettersi in condizione di delimitare e identificare adeguatamente le fattispecie in esame.

A) Sbarazziamoci anzitutto di quelle tentativamente susunte nella nozione di « responsabilità vicaria ». Occorre in primo luogo tenere separato il discorso sul fondamento razionale ⁽³⁹⁾ del principio affermato dall'art. 2049 cod. civ. (in base al quale il *dominus* è responsabile di *qualsiasi* fatto illecito commesso dai dipendenti nell'esercizio delle incombenze), da quella che è divenuta una problematica diffusa e corrente, che si limita a considerare semplicemente — come intendiamo anzitutto fare in questa sede — l'applicabilità di tale norma all'illecito riconducibile ad un'attività rappresentativa esercitata senza potere ⁽⁴⁰⁾. La dot-

⁽³⁹⁾ Il riesame più approfondito e rigoroso di questa problematica è ora in TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; per ulteriori importanti spunti adde SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sulla responsabilità dei padroni e committenti per il fatto dei domestici e commessi (art. 2049 cod. civ.)*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, 163.

⁽⁴⁰⁾ I punti di riferimento ancora indispensabili per risalire alle origini della questione sono SANTORO-PASSARELLI, *Responsabilità del fatto altrui, mandato, contratto di lavoro gestorio*, in *Scritti giur. in mem. di Ageo Arcangeli*, II, Padova, 1937, p. 463; *Foro it.*, 1937, IV, 329 (ora in *Saggi di dir. civ.*, II, Napoli, 1961, p. 1093); GRAZIANI, *Sulla responsabilità del mandante*, in *Studi di dir. civ. e commerc.*, Napoli, 1953, p. 109. Per la letteratura più recente, richiami *infra*. Si veda peraltro, per l'inquadramento generale del tema della responsabilità per fatto altrui (anche per le ipotesi extra-contrattuali, non risultanti dal titolo), il classico studio di Franc. FERRARA, *Respon-*

trina, avvezza a meditare sul primo aspetto del problema, non si è accorta in qualche caso di essere scivolata a discutere del secondo, come se fra i due vi fosse una connessione da teorema a corollario, del tutto inesistente ⁽⁴¹⁾; la giurisprudenza, a sua volta (e di riflesso qualche scrittore, perpetuando l'equivoco) ⁽⁴²⁾, chiamata a risolvere il secondo quesito, e sfiorando frequentemente l'inserimento dell'intera fattispecie patologica nell'alveo del meccanismo rappresentativo, si è indirizzata verso soluzioni ⁽⁴³⁾ in cui l'affermazione della responsabilità indiretta del

sabilità contrattuale per fatto altrui, in *Arch. giur.*, 70 (1903), 401 (ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1954, p. 2).

⁽⁴¹⁾ Cfr. i richiami contenuti in un'acuta e stimolante nota di BESSONE, *Apparenza del potere di rappresentanza e responsabilità verso i terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, 369, specie a p. 384, nota 40.

⁽⁴²⁾ V. TEDESCHI, *Profili dell'agency nel diritto nordamericano*, Milano, 1961, pp. 98, 149 ss.; DISTASO, *Responsabilità extra-contrattuale del mandante e suoi effetti rispetto alla tutela del terzo. Apparenza del diritto: applicabilità e limiti di essa*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949 (XXVIII, 2) 516.

⁽⁴³⁾ La nostra giurisprudenza non ha mai saputo distinguere chiaramente tra principio di apparenza da un lato, e responsabilità per fatto del commesso dall'altro, tanto più in quanto l'apparenza è stata considerata rilevante solo quando colposa, e in quanto il fatto dannoso di cui si tratta assuma le caratteristiche (ormai codificate) della *culpa in contrahendo*; la denuncia dello stato di confusione (ma senza adeguato superamento di tutti i dubbi inerenti alla questione) era già in SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. dir. commerc.*, 1951, II, 82. (Influiscono inoltre, come si vedrà, le diverse regole sulla comunicazione ai terzi e la pubblicità dei poteri, rispettivamente nella rappresentanza civile e in quella nell'impresa).

Si può rilevare, a grandi linee, una tendenza a sostituire l'utilizzazione del meccanismo della responsabilità vicaria con l'applicazione sempre più insistente del principio di apparenza, pur negandosi d'altronde frequentemente che ne ricorrano di fatto gli estremi. Una vera e propria classificazione è impossibile, data l'eterogeneità dei motivi conduttori e delle conseguenze sancite dai vari giudicati. Mi limito a ricordare, come sufficientemente indicative della tendenza prospettata: da un lato, per l'affermazione della responsabilità vicaria, Cass. 16 luglio 1946, n. 416, in *Mon. Trib.*, 1946, 209; Cass. 28 giugno 1946, n. 766, in *Foro it.*, 1947, I, 379; Cass. 17 marzo 1950, n. 722, in *Riv. dir. commerc.*, 1951, II, 82; e (al di fuori di un problema di rappresentanza, ma per l'applicabilità al mandatario in quanto tale dell'art. 2049) ancora Cass. 18 luglio 1958, n. 2627, in *Foro it.*, 1949, I, 79; dall'altro lato incondizionatamente per l'affermazione del principio di apparenza le più recenti sentenze Cass. 14 febbraio 1966, n. 471, in *Foro it.*, 1966, I, 1917, e Cass. 15 marzo 1966, n. 746, *ibid.*; con riserve di vario genere, e negandone in concreto l'applicazione, Cass. 6 ottobre 1952, n. 2934, in *Giur.*

dominus per la *culpa in contrahendo* del *preposto* finisce per confondersi in un magma in cui si ritrovano indiscriminatamente enunciate anche affermazioni di responsabilità contrattuale per creazione di apparenza colposamente indotta dal *preteso rappresentato*, ovvero di responsabilità per *culpa in contrahendo* (imputabile a lui direttamente anziché come riflesso dell'attività dello pseudo-rappresentante, anche non dipendente ossia semplice mandatario), lasciando in quest'ultimo caso impregiudicata la questione della natura contrattuale, extra-contrattuale o *sui generis* di tale illecito; con conseguenze variamente, e spesso incongruamente, ondegianti fra l'attribuzione di efficacia del negozio concluso dal *falsus procurator* in testa al titolare della situazione apparente, e l'accollo a quest'ultimo di un risarcimento danni (*ex art. 1223*, se ricollegato all'inadempimento del contratto come

compl. Cass. civ., 1953 (XXXII, 3), 5; Cass. 22 ottobre 1956, n. 3804, in *Giust. civ.*, 1957, I, 665; Cass. 14 dicembre 1957, n. 4703, in *Foro it.*, 1958, I, 390; Cass. 15 luglio 1963, n. 1929, in *Foro it.*, 1963, I, 2065; Cass. 11 novembre 1963, n. 2957, *ibid.*; Cass. 7 aprile 1964, n. 780, in *Riv. dir. commerc.*, 1964, II, 464; Cass. 12 luglio 1965, n. 1447, in *Foro it.*, 1966, I, 339.

Alcune di queste sentenze saranno richiamate nei dettagli in seguito.

Altre sentenze riguardano la posizione del creditore preteso mandante, a fronte del pagamento effettuato ad un *falsus procurator*; ma verranno citate più oltre, trattandosi a mio avviso di una situazione che presenta aspetti peculiari.

Infine, l'incidenza dei fenomeni di pubblicità, o di mancata pubblicità, o di pubblicità inattuabile, esige un rinvio anche dei richiami giurisprudenziali più specificamente concernenti le forme di rappresentanza e di preposizione nell'ambito delle società e delle imprese, i trasferimenti di azienda con successione nella gestione dell'impresa, e talune fattispecie rappresentative particolari nell'ambito dell'attività bancaria (cfr. art. 1835 cod. civ.). Queste ultime, tuttavia, sono in realtà all'origine della problematica qui considerata, ed avevano dato luogo ad una ricca e significativa casistica negli anni precedenti la nuova codificazione: cfr. Cass. 13 dicembre 1934, in *Giur. it.*, 1935, I, 1, 132, e Cass. 22 marzo 1935, *ivi*, 1935, I, 1, 542. In queste due sentenze, e segnatamente nella seconda, la concretezza e la delicatezza dei problemi di demarcazione tra la responsabilità negoziale e quella extra-contrattuale della banca preponente per l'attività svolta dai propri impiegati abusando della posizione loro affidata, emergono in tutto il loro rilievo pratico (offuscato, invero, dagli scritti dottrinali che ne avevano tratto spunto per negare la responsabilità indiretta del mandante per il fatto illecito del mandatario; cfr. anche Trib. Napoli, 7 giugno 1935, in *Giur. it.*, 1936, I, 2, 11 con nota di SACCESE, *In tema di responsabilità del committente per fatti illeciti del suo commesso*).

sopra convalidato; ovvero *ex artt.* 2049, 2043, ed eventualmente 1338, se ricollegato invece alla configurazione di un illecito non contrattuale) ⁽⁴⁴⁾; per la cui *misura*, inoltre, anche nelle ipotesi di derivazione extra-contrattuale o precontrattuale, si è talvolta ritenuto di poter prescindere dal limite dell'interesse negativo, giungendo a configurare una seconda impensata possibilità di riconoscimento di efficacia del negozio viziato, sotto il profilo di un'ingiustificata *restitutio* (*ex art.* 2058), operante in realtà, a ben vedere, non già come una « reintegrazione » ⁽⁴⁵⁾, bensì come

⁽⁴⁴⁾ La scelta fra queste varianti non è sempre indice, per la verità, di radicali divergenze di impostazione nella soluzione di fattispecie integralmente collimanti, ma è piuttosto, almeno in qualche caso, in funzione dell'eterogeneità di taluni elementi costitutivi delle fattispecie, a seconda cioè che il preposto debba qualificarsi dipendente, mandatario, rappresentante, o ausiliario (cfr. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, pp. 7 ss., nota 100); e ancora, a seconda che la *culpa in contrahendo* debba considerarsi responsabilità extracontrattuale o contrattuale (in quest'ultimo senso BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, pp. 115 ss.); e infine, a seconda che per la *culpa in contrahendo* dell'interposto — soprattutto se ritenuta di carattere contrattuale — possa invocarsi la responsabilità indiretta del principale *ex art.* 2049 ovvero *ex art.* 1228 (cfr. variamente VISINTINI, *loc. cit.*; MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. commerc.*, 1956, II, 360; SACCO, *Responsabilità del committente per culpa in contrahendo del commesso*, *ivi*, 1948, II, 1; BENATTI, *Op. cit.*, pp. 139 ss., sulle orme di BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, in *Arch. civ. Prax.* 151 (1951), 505).

Aggiungo che la questione della responsabilità indiretta per *culpa in contrahendo* importa a sua volta una distinzione, troppo spesso trascurata (o aggirata: v. BENATTI, *Contratto concluso dal « falsus procurator » e responsabilità del « dominus »*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, II, 335; cfr. invece SACCO, *Op. ult. cit.*), tra le due figure delle trattative condotte in malafede (art. 1337), e di quelle viziate dalla conoscenza delle cause di invalidità (art. 1338): infatti, in quest'ultimo caso, se la possibile causa di invalidità consiste precisamente nella mancanza dei poteri rappresentativi, cade appunto quel nesso tra (*falsus procurator* e *dominus*, che negli altri casi potrebbe consentire invece — indipendentemente dal fatto che il rappresentante sia d'altronde un dipendente o un ausiliario (sotto l'uno o l'altro dei profili già considerati) — l'efficacia rappresentativa in capo al principale del rapporto di traffico instaurato. Ossia, per dirla con il SACCO (*Op. cit.*, p. 3), lo stesso « rapporto di traffico » in cui si risolve la responsabilità precontrattuale è meramente putativo. Ulteriori osservazioni *infra*, alle note 56 e 57.

⁽⁴⁵⁾ È questa la tesi avanzata dal MONTEL, *Nota minima in tema di apparenza giuridica: la rilevanza di essa quale risarcimento in forma specifica*, in *Foro pad.*, 1965, I, 59. È sin troppo facile dimostrare (anche sulle orme della nota di BESSONE,

un'inammissibile « esecuzione » in forma specifica generante *ex novo* un contratto che — in quanto chiaramente sottratto, per il meccanismo adottato, ad un *iter* procedimentale negoziale, sia pure integrato da sanatorie legittimanti quali la ratifica ⁽⁴⁶⁾ —

Apparenza del potere di rappresentanza ecc., cit., qui a p. 386) che la reintegrazione in forma specifica *ex art.* 2058 cod. civ. deve eliminare, in perfetta corrispondenza con esso, un danno intervenuto, ripristinando la situazione antecedente all'evento dannoso.

Se si considera, più in generale, che anche il risarcimento per equivalente deve dal suo canto commisurarsi a un parametro (il quale è pacificamente il c.d. interesse negativo nel caso di mancato effetto di un contratto ritenuto valido, ma che tale non è), è evidente che l'attribuzione di efficacia al negozio viziato non può mai costituire una forma di risarcimento, perché questo risulterebbe eccessivo rispetto all'interesse negativo, ove si ravvisasse, come sembra giusto, nell'invalidità del contratto l'evento dannoso; che se poi il procedimento si risolvesse in una pretesa « conservazione » della validità del contratto (per cui la *restitutio* non potrebbe non corrispondere all'interesse positivo), verrebbe meno completamente il carattere di risarcimento, non essendosi neppure verificato il danno (ovvero: risultando il danno stesso evitato *a priori*). Si noti che l'*attuazione* del contratto conservato si colloca logicamente in un momento successivo, e a sua volta, in caso di inadempimento, può risolversi (dal che qualche ulteriore confusione) sul piano coattivo, e così con l'esecuzione in forma specifica (ove possibile), o con il risarcimento per equivalente. Conf. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, cit., p. 834.

La situazione presenta qualche analogia con quella di cui all'art. 1433 cod. civ., ma il BESSONE, *Apparenza ecc.*, cit., che la rileva (a pp. 378-80), lascia perplessi quando ammette che in questo caso la produzione degli effetti del contratto si ricollegli ad un principio di responsabilità per danno da apparenze create: danno il cui sorgere la legge si preoccuperebbe di impedire automaticamente. Gli effetti previsti dall'art. 1433 mi pare debbano piuttosto ricondursi integralmente ad una situazione negoziale reale, secondo un congegno di contrapposizioni tra situazioni reali e situazioni apparenti di cui tratterò ampiamente più avanti. In quest'ordine di idee si colloca del resto anche la tesi del MINERVINI, *Eccesso di procura del rappresentante e responsabilità del « dominus »*, in *Foro it.* 1947, I, 379 (e v. già SORGIA, *Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità*, Roma, 1930, pp. 102-3), sul tema specifico della procura apparente (il rappresentante che eccede i suoi poteri sarebbe *nuncius* della procura, per cui l'errore non riconoscibile nella trasmissione di questa renderebbe responsabile il *dominus* appunto *ex art.* 1433): sostanzialmente si dovrebbe cioè parlare non tanto di procura apparente, quanto piuttosto di procura valida così come dichiarata. Anche questi spunti potranno trovare adeguato svolgimento solo in seguito.

⁽⁴⁶⁾ Al limite, meno assurdo del richiamo all'art. 2058 sarebbe quindi, piuttosto, un ricorso all'art. 2932, risolvendo in termini di obbligo di ratifica la responsabilità dell'apparente mandante; sottolineo tuttavia che questa soluzione, seppure più coerente (per l'uso dello strumento « esecuzione » a fronte di quello « reintegrazione »), sarebbe anch'essa del tutto infondata, per l'ovvia mancanza del presupposto dell'obbligo di concludere il contratto.

non potrebbe definirsi altro che nato dalla colpa, con una locuzione che, pur con ogni riserva sul giuoco di parole, è indubbiamente descrittiva del fenomeno.

Per motivi psicologici intuitivi, e che si chiariranno ulteriormente, la confusione sopra descritta è comprensibile; occorre nondimeno districarne il groviglio.

Come si diceva, non vi è una connessione, almeno sul piano dell'interpretazione diretta della norma, tra il problema particolare, dell'*applicabilità* dell'art. 2049 ai casi di usurpazione o abuso di poteri rappresentativi da parte di un dipendente (o, al limite, di un mandatario), e la questione più generale del *fondamento* della responsabilità per il fatto dei dipendenti, anche ove si voglia ricondurre tale fondamento ad un principio, appunto, *lato sensu* rappresentativo.

Quest'ultima tesi non trova, in genere, favorevole accoglienza presso i moderni studiosi della responsabilità oggettiva⁽⁴⁷⁾; e ciò, oltre che per una diversa impostazione teorica basata sul rilievo funzionale centrale che assume il concetto di rischio (di impresa), anche perché, innegabilmente, non sembra potersi utilmente istituire una relazione, che abbia concreta portata tecnica, tra le norme che regolano la rappresentanza e quelle attinenti alle ipotesi di responsabilità indiretta e oggettiva, organizzate in un sistema approssimativo ed eterogeneo, che comunque non si esaurisce nell'art. 2049.

Ciò non toglie che, a mio avviso, sussista un ovvio parallelismo nel meccanismo di incidenza sulla sfera giuridica del *dominus* in tutti i casi in cui un'attività per altri viene compiuta in aderenza ad un principio di organizzazione globale piuttosto che di autonomia della singola fattispecie, così che ne resti giustificata l'accennata incidenza anche indipendentemente dalla presenza del fattore volontà o del fattore colpa, potendosi cioè, in

(47) Già Franc. FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, cit., a pp. 73 ss.; e per tutti da ultimo, come già accennato, TRIMARCHI, *Op. cit.*, pp. 68, 161. Sulla posizione dello SCOGNAMIGLIO, cfr. *infra*, alla nota 52.

conclusione, alternare un criterio di collegamento « posizionalistico » ad uno « comportamentistico » (⁴⁸).

Sotto questo profilo, la parentela della responsabilità vicaria con la rappresentanza in senso lato continuerà ad apparire un valido *rationale*, almeno fintantoché opererà una norma come l'art. 2049, che non è applicabile se non *per relationem*, con un'identificazione *indiretta* (si badi: non esclusiva) del soggetto imputabile, che suggerisce inevitabilmente una distinzione tra criteri di propagazione e criteri di nascita della responsabilità (⁴⁹), anche a prescindere dall'accoglimento del principio della colpa a fondamento ultimo della responsabilità stessa. Del resto, era inevitabile che il riconoscimento (ancor tanto contrastato) della responsabilità oggettiva emergesse dal passaggio obbligato della responsabilità indiretta; e persino quando rischio e responsabilità oggettiva si saranno affermati, per così dire, in prima persona (⁵⁰), affrancandosi dalla mediazione facente capo ad un'attività aliena e dalle norme che tale mediazione frammentariamente rispecchiano (⁵¹), per riportarsi direttamente ad una posizione

(⁴⁸) Siamo ben al di là di un semplice rimodernamento della *Werckzeuges-theorie* di MAYER, in *Verhandlungen des XVII deutschen Juristentages*, I, Tübingen, 1885, pp. 125 ss. Sui criteri indicati nel testo cfr. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 71 ss., 164 ss.

(⁴⁹) Secondo la nota formulazione di BARBERO, *Criterio di nascita e criteri di propagazione della responsabilità per fatto illecito*, in *Riv. dir. civ.* 1960, I, 572 (che peraltro postula la colpa come elemento ineliminabile all'origine della sanzione risarcitoria, ancorché questa finisca per gravare su di un soggetto incolpevole).

(⁵⁰) Il che oggi si sostiene da taluni (BARBERO, *Op. cit.*, p. 516 e nota 13) non essere avvenuto neppure con riferimento ai danni provocati da cose in custodia (art. 2051), che pure è l'ipotesi di responsabilità più marcatamente « oggettiva » al di fuori di quelle indirette; il TRIMARCHI, *Op. cit.*, pp. 39 ss., limita il campo della responsabilità oggettiva alle attività economiche organizzate, ossia essenzialmente all'impresa (e si veda la nota successiva per la posizione di questo a. riguardo all'art. 2051); sulla stessa linea, ma accentuando la presenza attuale nel nostro sistema di ipotesi di responsabilità oggettiva diretta (e quindi particolarmente significativo nel quadro della disamina in corso) si veda MARTORANO, *Sulla responsabilità del fabbricante per la messa in commercio di prodotti dannosi*, in *Foro it.* 1966, V, 13.

(⁵¹) Nonostante le distinzioni suggerite dal BARBERO, *Op. cit.*, tale mediazione è prospettabile (ove non vi sia colpa diretta) per tutti gli artt. 2047 ss., con la notevole eccezione, quanto meno problematica, dell'art. 2051, ritenuto dal TRIMARCHI,

di detenzione o dominicale (e più ancora, modernamente, imprenditrice), questa volta in sé considerata, persino allora, se la responsabilità « di posizione » non apparirà più operare come l'altra faccia del meccanismo della rappresentanza, risulterà d'altronde manifesto (in ragione di una parallela evoluzione subita da quest'ultima) non essere l'una e l'altra che due aspetti del medesimo principio organizzativo, messo a fuoco in primo piano come strumento regolatore della sfera di imputazione degli effetti giuridici riconducibili allo svolgimento di attività economiche ⁽⁵²⁾.

In questa prospettiva trovano una loro collocazione, pur nella varietà di atteggiamenti, le diverse soluzioni di ordinamenti che, in un senso o nell'altro, non rinvergono appoggio né condizionamento in una norma quale l'art. 2049. Così, non è senza significato che, a fronte delle carenze di un § 831 *BGB*, imposto sul motivo della presunzione di colpa, la giurisprudenza tedesca abbia fatto ricorso, indicando una terza direzione ancora, all'estensione (in sé arbitraria) fuori del campo contrattuale del

Op. cit., pp. 169-273, l'altra norma-chiave della responsabilità oggettiva (anch'essa preminentemente ricollegata all'esercizio dell'impresa attraverso una finissima e rigorosa analisi del limite del caso fortuito). Sull'attualità di una pluralità di criteri di imputazione della responsabilità cfr. tutta l'argomentazione felicemente svolta da RODÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit.

⁽⁵²⁾ L'analogia con la rappresentanza viene tuttora condannata come « un arbitrio costruttivo, scoperto quanto inammissibile » dallo SCOCNAMIGLIO, *Considerazioni sulla responsabilità ecc.*, cit., qui a p. 166: ma avendo in mente essenzialmente il tentativo di dottrine tradizionali, basate sulla colpa, di « riferire senz'altro ad un soggetto, responsabile per altri, il fatto doloso o colposo di quest'ultimo » (*ibid.*). Il discorso non risulta invece incompatibile con il nostro, anzi presenta con esso affinità, quando si allarga all'identificazione del fondamento della responsabilità indiretta (manifestazione saliente, come si è detto, della responsabilità oggettiva) nella « relazione che si instaura tra i soggetti contemplati », precisata poi come quella in cui « un soggetto assuma l'iniziativa, e sia in grado, di fare agire un altro per l'espletamento di qualche incombenza, in modo da realizzare una vera e propria espansione della sua sfera di attività » (*ivi*, pp. 167, 171). A questo punto è indubbio che l'uso del termine rappresentanza diventa una questione quasi meramente semantica, come ho già accennato; ed infatti passeremo tra poco anche attraverso una revisione terminologico-concettuale che ritengo decisiva ai fini della comprensione di tutta la presente trattazione.

§ 278 BGB, corrispondente al nostro art. 1228 cod. civ. sulla responsabilità per il fatto degli ausiliari nell'adempimento delle obbligazioni⁽⁵³⁾. E così, potrebbe apparire persino superfluo ri-

⁽⁵³⁾ Cfr. ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung (Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts)*, München u. Berlin, 1941, pp. 39 ss.

Il richiamo all'art. 1228 cod. civ. ci consente di sottolineare a questo punto un ulteriore collegamento, tra il meccanismo della rappresentanza e quello appunto della responsabilità del debitore per il fatto degli ausiliari, e ciò non solo per la circostanza che fra questi rientrano anche i rappresentanti (così MASSIMO BIANCA, cit. *infra*, a pp. 378, 385; COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore. Problemi generali*, Milano, 1955, pp. 320 ss.; *contra*, ma erroneamente, VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, cit., pp. 74-6), ma anche e soprattutto in quanto l'inquadramento sistematico dell'articolo 1228 può essere « utilmente prospettato riportando sia la regola in esso espressa sia la regola della rappresentanza ad un comune principio: il soggetto che crea o attua un rapporto giuridico col terzo attraverso l'attività di un cooperatore che rimane estraneo al rapporto, assume nei confronti del terzo i risultati positivi e le conseguenze dannose di tale attività »: così MASSIMO BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1967, sub art. 1228, p. 379; ed è in effetti significativo, come osserva lo stesso a. (*ivi*, p. 375), che il principio della responsabilità per il fatto degli ausiliari abbia le sue origini, nella codificazione previgente, in relazione a tipici rapporti organizzativi di impresa, ossia quello di appalto (art. 1644 cod. civ. 1865) e quello di trasporto (art. 398 cod. comm. 1882). Si mette esattamente in rilievo, per altro verso, che a differenza di quanto previsto per dipendenti e commessi (il cui illecito deve essere in rapporto con l'esercizio delle incombenze loro affidate), la responsabilità per il fatto dell'ausiliario non viene meno pur se questi ecceda i limiti dell'incarico ricevuto, o ne abusi (MASSIMO BIANCA, *Op. cit.*, pp. 387 ss.); ma questa maggiore estensione del principio di responsabilità è in funzione non già della diversa posizione dell'ausiliario, bensì della preesistente situazione debitoria di chi dell'ausiliario si avvale ai fini dell'adempimento dell'obbligazione. Questa circostanza costituisce d'altronde, sotto altro profilo, il vero limite della norma enunciata dall'art. 1228, perché è logico che il debitore risponda *comunque* (salva l'ipotesi di impossibilità, adeguatamente intesa) dell'inadempimento, ma *solo* dell'inadempimento risultante dall'operato del suo ausiliario, e non già di altri illeciti da questo compiuti in tale sua qualità. Su ciò non possono esservi dubbi, e tuttavia non si ha un'esatta percezione del fenomeno quando, inavvertitamente o in modo poco sorvegliato, si ipotizza una specifica responsabilità del debitore ove l'ausiliario, eccedendo i limiti di un incarico risultante da procura (ossia da conferimento di rappresentanza), possa apparire rappresentante a seguito di un comportamento colposo del debitore stesso (cfr. *Op. ult. cit.*, p. 388); è chiaro che l'ipotesi non rientra per nulla nell'istituto considerato: infatti, o il difetto dei poteri rappresentativi, e al tempo stesso la loro apparizione colposamente creata dal debitore, hanno per conseguenza appunto l'inadempimento dell'obbligazione già esistente (benché ciò mi sembri difficilmente prospettabile in fatto), ed allora la responsabilità del debitore è del tutto indipendente dalle circostanze de-

chiamare ancora una volta una nozione ormai risaputa, e cioè che in *common law* l'istituto della *vicarious liability*, ossia l'intero fenomeno della responsabilità per il fatto dei dipendenti, è non solo associato concettualmente, ma anche tecnicamente ricompreso nell'ambito dell'*agency*; ma è soprattutto opportuno precisare che nella più recente e autorevole formulazione sistematica delle regole che governano la materia, la responsabilità per il fatto illecito dei dipendenti è accomunata, fra gli *inherent agency powers*, proprio con la responsabilità del preponente per gli atti negoziali dell'*agent* non autorizzato: e sotto quest'ultimo profilo la costruzione degli *inherent agency powers* si sostituisce in gran parte appunto alla precedente costruzione dell'*apparent authority*, chiudendo così quel cerchio problematico in cui anche l'apparenza, come vedremo tra poco, costituisce un altro polo essenziale di riferimento ⁽⁵⁴⁾.

Ma, senza anticipare e confondere a nostra volta i termini dell'apparenza con quelli dell'illecito ⁽⁵⁵⁾ veniamo piuttosto al

scritte, e discende invece direttamente dal fatto stesso che l'ausiliario non ha adempiuto; oppure — come è in fatto più logico, e come sembra del resto trasparire dal contesto — la fattispecie dell'eccesso di rappresentanza o rappresentanza apparente non si ricollega all'adempimento della prestazione, o comunque non risulta nell'inadempimento di questa, bensì in un fatto illecito e dannoso diverso, ed allora l'art. 1228 (come quello che contempla l'adempimento tramite ausiliario) non entra minimamente in giuoco, e si potrà solo ricorrere — ove ne siano presenti gli estremi — all'art. 2049, che impone il controllo dei requisiti della qualifica di (domestico o) commesso, e dell'esercizio delle incombenze (dove il problema se rientri nella fattispecie il mandatario).

Queste precisazioni saranno risultate tutt'altro che superflue, se avranno contribuito, come spero, a rendere evidente la complessità delle interrelazioni tra i fenomeni che andiamo esaminando, e che non si elimina semplicemente tenendoli distinti (come è in genere intendimento del giurista più attento) bensì può solo essere riconosciuta e pazientemente esplorata, anche a costo di vincolare soluzioni complete e persuasive ad ulteriori approfondimenti.

⁽⁵⁴⁾ *Restatement, Second, Agency*, I, St. Paul, Minn., 1958, § 8, A, pp. 140, 161, 219 ss.; *Appendix, sub § 8 A*; cfr. anche SEAVEY, *Studies in Agency*, St. Paul, Minn., 1949; *Id.*, *Handbook of the Law Agency*, St. Paul., Minn., 1964; FRASCONA, *Agency*, Englewood Cl., N.J., 1964. Diversamente STOLJAR, *The Law of Agency. Its History and Present Principles*, London, 1961, specie a pp. 41 ss.

⁽⁵⁵⁾ Una pseudo-relazione biunivoca tra apparenza e illecito (con riguardo alla presenza, o meno, di poteri rappresentativi — o meglio di gestione, secondo una

quesito specifico circa l'accollo al principale di responsabilità *ex art. 2049* per riflesso di un'attività di « rappresentanza senza potere » (come si esprime la rubrica dell'art. 1398) attuata dal dipendente, ossia per riflesso del fatto dannoso consistente nell'aver il dipendente stesso indotto il terzo a confidare senza propria colpa nella validità del contratto. È pacifico, dopo quanto si è detto, che la questione è del tutto indipendente dall'altra, se a fondamento dell'art. 2049 sia un meccanismo sostanzialmente rappresentativo o altra giustificazione dogmatica e funzionale: anche accogliendo la prima tesi, la sovrapposizione rispetto al fenomeno della rappresentanza senza potere sarebbe meramente apparente, posto che la responsabilità del principale per l'attività pseudo-rappresentativa del dipendente (rilevante sotto il profilo dell'illecito come *culpa in contrahendo*) sarebbe in ogni caso una responsabilità *indiretta* derivante dall'*illicito* commesso⁽⁵⁶⁾, tale da concretarsi cioè in un risarcimento danni (limitato, come si

terminologia più appropriata in questa sede) si è manifestata a lungo in *common law*, sotto forma di alternativa tra *apparent agency* e *agency by estoppel*.

Tuttavia (mentre per l'*apparent agency* l'evoluzione recente ha eliminato ogni possibile analogia con la nozione continentale di apparenza), l'*agency by estoppel* da un lato richiede che la controparte dimostri di aver sofferto un danno (e tale ovviamente non è considerato il semplice affidamento nella validità del contratto, per cui occorre un'ulteriore dimostrazione in concreto per l'operatività del risarcimento da *estoppel*, sia pure sotto il profilo del c.d. interesse negativo), dall'altro lato presuppone la colpa o almeno un comportamento riferibile al principale, e in questo senso si distingue anche dagli *inherent agency powers*, che derivano direttamente dalla relazione gestoria tra il principale e il preposto, anche quando i singoli atti non rientrino fra quelli a cui l'*agent* è autorizzato, e d'altronde persino se i terzi ignorano l'esistenza del *principal*. Ma di ciò più avanti. Cfr. intanto SEAVEY, *Handb. of the Law of Agency*, cit., pp. 11-17.

⁽⁵⁶⁾ TRIMARCHI, *Op. cit.*, p. 131: ma non è certo che fra le *culpa*e contemplate da questo a. rientri, sotto questo profilo, l'invalidità per mancanza dei poteri rappresentativi. In ogni caso, in luogo della responsabilità indiretta, non potrebbe escludersi, di per sé, un'eventuale *culpa in contrahendo* diretta del principale, ove le modalità da lui stesso poste in essere per la conduzione delle trattative tramite un interposto ne integrassero gli estremi (così BENATTI, in *Riv. dir. commerc.*, 1959, II, 335). Ma in tal caso il problema potrebbe allargarsi in realtà al tema ulteriore della c.d. rappresentanza apparente, che verrà trattato più oltre nel testo.

sa, all'interesse negativo) ⁽⁵⁷⁾, e non una responsabilità inerente ad un'inesistente obbligazione di adempiere quanto stipulato dal *falsus procurator*; così, quello che si fosse convenuto di definire meccanismo rappresentativo avrebbe in tal caso semplicemente operato il trasferimento in capo al principale delle conseguenze di un fatto illecito anziché degli effetti di un negozio. La soluzione del quesito sopra proposto, in quanto dipendente da dubbi concernenti la concreta applicabilità della norma dettata dal codice alla particolare fattispecie considerata, resterebbe, con tutto ciò, del tutto impregiudicata; ed è ovvio che ciò sarebbe vero, conversamente ed a maggior ragione, anche accogliendo una diversa tesi quanto al fondamento della propagazione di responsabilità prevista dall'art. 2049.

Ora, sembrerebbe a prima vista che non vi sia, in linea di principio, alcun motivo per cui questa particolare fattispecie di illecito (l'attività rappresentativa senza potere) non debba rientrare nella previsione dell'art. 2049, sempreché siano presenti tutti gli elementi integrativi, oltreché della *culpa in contrahendo* del dipendente da una parte, della propagazione della responsabilità al principale dall'altra. Senonché è opinione autorevolmente sostenuta che ciò, appunto, di fatto non sia possibile: invero,

⁽⁵⁷⁾ Il limite vale anche se si fa capo (alla stregua della concezione contrattuale del BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit.) all'art. 1218 anziché all'art. 2043 (*ivi*, pp. 115 ss., 128 ss.). Ciò che mi pare ineliminabile è comunque la mediazione dell'art. 2049 (salvo che nel caso della *culpa in contrahendo* diretta del principale, ipotizzato alla nota precedente). Sarebbe infatti assurdo (pur in base alla concezione contrattuale) supporre che un *falsus procurator* possa rappresentare il preteso principale anche solo nel rapporto di traffico o contatto sociale, se non è stato investito dei relativi poteri; come si accennava sopra (alla nota 44) colui che invece è legittimato a rappresentare il principale (per la conclusione di un negozio, o per gli atti preparatori ad essa) ben può renderlo responsabile, nella fase delle trattative, per l'efficacia rappresentativa del proprio operato, di ogni illecito precontrattuale ex art. 1337, 1338 (una volta escluso che tale illecito consista appunto nell'aver lasciato che il terzo confidasse in poteri inesistenti). Una chiara distinzione fra le due situazioni mi pare meritevole di maggior rilievo di quanto non si sia soliti darle.

secondo la nota argomentazione di SANTORO-PASSARELLI⁽⁵⁸⁾, l'attività negoziale del dipendente sfornito del relativo potere rappresentativo non potrebbe non esorbitare, per definizione, dall'esercizio delle incombenze cui lo stesso è adibito⁽⁵⁹⁾. Ma si tratta di argomentazione troppo fragile, nella sua apparente linearità: dottrina e giurisprudenza sono da tempo concordi, nel senso che tra compimento dell'illecito ed esercizio delle incombenze non debba (e spesso non possa, come in tutti i casi di attività dolosa, o comunque proibita dal datore di lavoro) intercorrere un rapporto di identificazione, tutto contenuto nell'ambito dell'attuazione o svolgimento del lavoro assegnato, bensì sia sufficiente un rapporto di causalità, o anche solo di occasionalità necessaria⁽⁶⁰⁾: che è poi il quadro sistematico utilizzato anche da chi si riferisce più specificamente al principio del rischio di impresa, richiedendo che il fatto dannoso sia notevolmente agevolato dall'inserimento del dipendente nell'organizzazione⁽⁶¹⁾. Quanto all'argomento che l'opponibilità dei limiti del potere rappresentativo è, per così dire, un fattore tecnico inoppugnabile, che rompe appunto il nesso di causalità o occasionalità, si tratta certo di una considerazione pertinente e di consistente rilievo, che tuttavia

(⁵⁸) *Responsabilità del fatto altrui ecc.*, in *Saggi di dir. civ.*, II, cit., pp. 1093 ss..

(⁵⁹) Tanto meno, sempre secondo il SANTORO-PASSARELLI (*ibid.*), risponde il mandante dell'attività non autorizzata (rappresentativa e non) del mandatario non sottoposto a vincolo di subordinazione. La validità di quest'ultima tesi, in funzione dei limiti risultanti dal testo dell'art. 2049 (corrispondente all'art. 1153 cod. civ. 1865), può essere più agevolmente sostenuta: ma si tratta di ipotesi circoscritte e marginali, correlate al modesto rilievo del mandato isolato e disgiunto da un rapporto di organizzazione: e quindi, sul piano sistematico, di uno pseudo problema. Cfr. anche un rapido accenno in TRIMARCHI, *Op. cit.*, p. 131.

(⁶⁰) Da ultimo Cass. 28 febbraio 1966, n. 609, in *Resp. civ. prev.* 1966, 74.

(⁶¹) Così TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., in due diversi luoghi (pp. 129-32 e 155-67), non sempre persuasivamente, stante una certa frammentarietà, invero sintomatica, delle ipotesi prese in considerazione, quando appunto si tratti di attività negoziali (anziché non negoziali), e possano quindi entrare in giuoco fattori non omogenei quali la frode del dipendente, la falsificazione da parte sua degli strumenti di legittimazione, la creazione colposa di apparenze rappresentative da parte del principale, ecc.

comporta l'allargamento del discorso a tutto il tema delle modalità del conferimento dei poteri e della relativa pubblicità: un tema che, se pur coordinato con quello in esame, troverà più opportuna sede di svolgimento negli ulteriori sviluppi del discorso sulla rappresentanza ⁽⁶²⁾.

In conclusione, ancorché all'applicabilità della norma sulla responsabilità vicaria facciano ostacolo, in questa materia, limitazioni e difficoltà che si collegano anche a quanto stiamo per aggiungere sugli altri aspetti dell'attività rappresentativa non autorizzata, non è affatto da escludere *a priori* che l'illecito del dipendente *in contrahendo* sia integrato da tutti gli estremi (ivi compresa la necessaria relazione con l'esercizio delle incombenze cui il dipendente stesso è adibito) idonei a far scattare la responsabilità del principale *ex art.* 2049; non senza ricordare però che, in radice, la c.d. rappresentanza senza potere rileva come fatto dannoso generatore di responsabilità solo quando il terzo contraente abbia potuto confidare *senza sua colpa* nella validità del contratto ⁽⁶³⁾.

B) È vero invece d'altronde — e in relazione soprattutto a quest'ultima circostanza — che se il terzo contraente ha potuto fare incolpevolmente affidamento sull'esistenza di poteri rappresentativi in capo al preteso rappresentante, e se al tempo stesso quest'ultimo ha potuto — in buona o in mala fede — esercitare

⁽⁶²⁾ Questa è d'altronde la linea d'indagine verso cui richiama l'attenzione, a un certo punto, anche il DE FERRA, *La responsabilità del mandante per l'illecito del mandatario*, in *Riv. dir. civ.* 1960, II, 191, a pp. 200 ss.

Che il fattore dell'opponibilità dei limiti del potere rappresentativo non possa risultare decisivo, se non venga inquadrato adeguatamente nel sistema della rappresentanza nell'impresa (come ci proponiamo di fare), è dimostrato significativamente dalla circostanza che i fenomeni da cui in concreto aveva preso le mosse lo scritto di SANTORO-PASSARELLI riguardavano un tipico settore di attività negoziali e non negoziali potenzialmente illecite, quali quelle messe in opera dagli impiegati di banca, con eccesso o abuso di potere. Il problema (solo imperfettamente affrontato oggi dall'art. 1835 cod. civ.) è, a mio avviso, illuminante circa l'inadeguatezza di una qualsiasi impostazione delle questioni in esame, che si mantenga su un piano di astrattezza e generalità.

⁽⁶³⁾ Arg. *ex art.* 1398 cod. civ.

un'attività negoziale non autorizzata senza in ipotesi intaccare il nesso di occasionalità necessaria e quindi un collegamento, sia pure ingannevole, con l'espletamento delle proprie incombenze⁽⁶⁴⁾, questa combinazione di elementi (tale da corrispondere in linea di principio ai presupposti dell'*apparentia iuris*)⁽⁶⁵⁾ potrebbe anche e piuttosto suggerire, almeno nella maggior parte dei casi, la configurabilità della fattispecie della rappresentanza apparente e il ricorso ad essa — che, in quanto ipotizzabile, comporterebbe naturalmente come conseguenza la conservazione definitiva degli effetti del negozio viziato in capo all'apparente rappresentato.

Questo è infatti ciò che è avvenuto (pur con deviazioni e imprecisioni) in un largo e significativo settore giurisprudenziale; in dottrina d'altronde, accanto alle consuete perplessità che ogni applicazione estensiva del principio dell'apparenza provoca, si registra da tempo un discorso aperto (talvolta, si direbbe, sfuggente) in diverse direzioni. Non intendo farne una rassegna; mi limiterò a indicarne (o scoprirne) i punti di riferimento, qualcuno abituale e palese, qualcuno forse latente e più nuovo, almeno nei suoi aspetti di critica e di richiamo a maggior realismo e concretezza.

Il raffronto con le situazioni reali che si rende a questo punto necessario importa anche, peraltro, che si abbia consape-

⁽⁶⁴⁾ Si può tralasciare senz'altro, per non complicare ulteriormente questo *excursus*, di considerare la diversa incidenza su queste ipotesi del fatto che il rapporto stesso di dipendenza sia apparente, ovvero che vi sia la mera *ragionevole apparenza* dell'incarico che consente l'abuso rispetto alle mansioni effettive del dipendente. Cenni *apud* D'AMELIO, voce « Apparenza del diritto », in *Noviss. Dig. ital.*, I, 1, Torino, 1957, pp. 714 ss., a p. 718.

⁽⁶⁵⁾ In astratto, occorrerebbe distinguere le ipotesi in cui l'attività illecita del dipendente (in rapporto di occasionalità necessaria con le sue incombenze) abbia i caratteri della frode, da quelle in cui si realizzi un semplice eccesso di potere; nell'uno e nell'altro caso distinguendosi inoltre a seconda che vi abbia concorso, o meno, la colpa o un comportamento rilevante del principale. In pratica, talune di queste ipotetiche situazioni non sono di fatto facilmente realizzabili, o sfuggono comunque ad una classificazione che non voglia risolversi in una minuziosa casistica, secondo il modello americano del *Restatement, Second, Agency*, cit. Per queste difficoltà cfr. anche le osservazioni già fatte alla nota 61, *supra*.

volezza dell'insufficienza terminologica, oltre che concettuale, della sistematica tradizionale. Chiarisco quindi preliminarmente la portata di alcune espressioni, di cui farò uso per la loro più immediata rispondenza a fattispecie complesse, che la nomenclatura corrente ignora o travisa, costringendole appunto in schemi concettuali angusti ⁽⁶⁶⁾. Anzitutto, a fronte del termine « rappresentanza » (tecnicamente valido solo in presenza di tutti i ben noti requisiti e solo parzialmente suscettibile di estensione con il ricorso alla discussa nozione di rappresentanza indiretta) ⁽⁶⁷⁾, occorre tener conto dell'inesistenza di un termine idoneo a ricomprendere tutte le ipotesi di « gestione efficace sulla sfera giuridica altrui », quale che ne sia la fonte di legittimazione e le modalità quanto alla spendita del nome dell'interessato. Avvertendo sin d'ora che non intendo proporre dei neologismi definitivi, ma solo dei termini con valore d'uso ai fini della presente chiarificazione, adotterò per tutte le suddette ipotesi le espressioni « gestione », o « gestione efficace », o (eventualmente) « gestione inefficace ». La rigidità dei principî quanto ai poteri di rappresentanza (artt. 1387, 1388, 1392, 1393) ha sempre posto in ombra il rilievo di quello che chiamerò appunto il « potere » di gestione efficace in sé considerato, tradizionalmente collegato invece al presupposto del suo conferimento ⁽⁶⁸⁾, e quindi identi-

⁽⁶⁶⁾ L'esigenza è adombrata anche da SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in Trattato Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1961, p. 61, richiamando tuttavia quella nozione di « interposizione gestoria » che in BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², in Trattato Vassalli, Torino, 1960, ha un preciso significato tecnico, limitato appunto alle ipotesi in cui non si abbia rappresentanza in senso proprio (*ivi*, pp. 560, 564 ss.).

⁽⁶⁷⁾ In questo senso, per tutti lo stesso BETTI, *Op. loc. cit.*

⁽⁶⁸⁾ Sintomatico di questo atteggiamento è, ad es., l'esperato formalismo di chi si riporta ad un *Willensgeschäft* racchiuso in se stesso, e coerentemente ravvisa nella conclusione del negozio da parte del rappresentante senza poteri un vizio di dichiarazione, anziché di legittimazione, con conseguente invalidità (nullità), anziché inefficacia, del contratto: così DE MARTINI, *Esperienze pratiche e profili teorici dell'amministrazione controllata*, in *Dir. fall.* 1947, I, 5-71-125, a pp. 140 ss., con una tesi poi ripresa in diverse occasioni (ID., *Invalidità del contratto del « falsus procu-*

ficato con quest'ultimo, ed anzi con quell'atto tipico di conferimento che è la procura ⁽⁶⁹⁾; ma la necessità di distinguere tra le varie componenti, ed evitare così che problemi sostanziali aperti siano risolti pregiudizialmente sul piano meramente terminologico, induce al ricorso all'espressione « *potere* » per indicare ogni situazione di legittimazione ad una gestione efficace, comunque creatasi, ed alle espressioni « *autorizzazione* » o, più semplicemente (e senza possibilità di equivoco con altri significati tecnici di autorizzazione) ⁽⁷⁰⁾ « *conferimento* », per indicare quella particolare — ma, nelle ipotesi problematiche considerate, non unica — fonte di legittimazione che è la costituzione del potere di gestione da parte dell'interessato, generalmente attraverso una procura, ma anche, ad es., attraverso una preposizione (institoria ecc.) ⁽⁷¹⁾.

Per non obliterare del tutto il termine « rappresentanza », si può senz'altro precisare che la gestione efficace sulla sfera giuridica altrui è — se non si vuole rinunciare a tale qualificazione — con rappresentanza o senza rappresentanza, ovvero rappresentativa o non rappresentativa, *sed rectius* rappresentativa diretta o rappresentativa indiretta, a seconda che risulti speso o meno il nome del *dominus* (pur salva la precisazione dei rispettivi effetti nell'uno e nell'altro caso).

rator » e interesse contrattuale negativo, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1949 (XXVIII, 1) 295; e ancora *ivi*, a pp. 437 ss., 547 ss.), le cui ulteriori conseguenze sono ancora esplicitate dallo stesso DE MARTINI, *Apparenza di procura institoria e terzo di buona fede*, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1944 (XV), 438.

⁽⁶⁹⁾ Le conseguenze derivanti dall'enfasi sulla procura, propria dei sistemi giuridici continentali, sono adeguatamente, anche se solo indirettamente, sottolineate nell'interessante studio comparatistico di MÜLLER-FREIENFELS, *Law of Agency*, in 6 *The Am. Journ. of Comp. Law* (1957), 165, a pp. 170-176.

⁽⁷⁰⁾ Sia sufficiente qui il rinvio alla posizione negativa assunta da CARRARO, *Il mandato ad alienare*, cit., pp. 25 ss.; *Id.*, *Contributo alla dottrina della autorizzazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1947, 282.

⁽⁷¹⁾ Secondo BELVISO, *L'istitutore*, cit., pp. 75 ss., 100 ss., di fatto la fattispecie costitutiva della preposizione institoria sarebbe sempre, appunto, solo il negozio di procura.

Tenendo conto, quindi, dei significati assegnati ai termini (a) *gestione*, (b) *potere*, (c) *autorizzazione o conferimento* ⁽⁷²⁾, apparirà chiaro che, ad es., l'ambigua espressione « rappresentanza senza potere » (del resto in sé contraddittoria, posto che,

⁽⁷²⁾ Come è noto, queste esigenze terminologiche sono soddisfatte nella sistematica tedesca (almeno nei limiti in cui la dottrina, pur muovendo dal riconoscimento della autonomia della procura, è conscia del fenomeno) mediante l'uso delle espressioni « *Dürfen* » e « *Können* »: cfr. per tutti, come punto di arrivo, MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1955, pp. 74 ss.; FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, cit., pp. 785-7, il quale ricorda come già Grozio avesse rilevato, in un celebrato passo, la configurabilità di casi in cui le facoltà dei rappresentanti di fronte ai terzi eccedessero i poteri loro conferiti (GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, II, XI, 12, Lausannae, 1751, p. 591).

Occorre riconoscere, tuttavia, che già nelle norme del *BGB* (arg. ex §§ 167-180) vi è una flessibilità assai maggiore, in termini di pubblicità delle vicende della procura, rispetto a quanto si può ricavare dagli artt. 1393 e 1396 cod. civ. Il rilievo è importante, come si vedrà a suo tempo. L'ampio termine « gestione » (corrispondente, nel contesto qui delineato, all'intero territorio dell'*agency* di *common law*, salve le particolarità tecniche che dobbiamo tenere presenti per il nostro sistema) non è mai stato usato nel significato qui proposto. Ne è indicativa tuttavia l'utilizzazione per l'istituto della gestione d'affari (artt. 2028 ss.), ossia precisamente in ipotesi in cui vengano in rilievo, anche nei rapporti con i terzi, le obiettive conseguenze per il *dominus* dell'attività compiuta nel suo interesse, piuttosto che la di lui volontà come fonte di legittimazione (art. 2031).

Ciò ha portato qualche autore (FERRARI, *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, Milano, 1962, pp. 132-3) a sottolineare l'inscindibilità dalla gestione di risultati rappresentativi diretti o indiretti, con l'eccezione affatto marginale della cooperazione meramente materiale. Si potrebbero segnalare, in questa argomentazione, interessanti punti di contatto con la ricostruzione storica della *negotiorum gestio* compiuta da STOLJAR, *The Law of Quasi-Contract*, Sidney-Melbourne-Brisbane, 1964, che non solo rinviene nell'istituto le stesse basi del *mandatum* caratterizzato dall'assenza di poteri espressi, ma ne sottolinea appunto, nell'ambito della *common law*, l'appartenenza alla sfera dell'*agency*, staccandolo dalla tradizionale classificazione quasi-contrattuale (*ivi*, pp. 188 ss.).

(Sull'efficacia di una singolare fattispecie di gestione d'affari configurata con riguardo particolare all'attività di un agente di commercio senza rappresentanza cfr. le illuminanti considerazioni di MOSSA, *Trattato*, I, p. 563).

Un più tradizionale ricorso alla nozione più generale di sostituzione è in SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 63, sulle orme di SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali ecc.*⁹, Napoli, 1966, pp. 266 ss. (il quale ultimo, tuttavia, giunge a parlare della rappresentanza come di una « gestione qualificata »: *ivi*, p. 270). Di un concettualistico formalismo assai pronunciato risente invece l'affermazione testuale di AURICCHIO, *Contributo alla teoria della gestione rappresentativa*, in *Studi Urbiniti* 1956-57 (XXV), 1, secondo il quale « le due nozioni non sono affatto corrispondenti, e forse neppure commensurabili » (*ivi*, pag. 39).

nel sistema, se fa difetto il potere non ha senso parlare di rappresentanza) ⁽⁷³⁾ va sostituita, alternativamente, con le espressioni « gestione (efficace) senza autorizzazione » ovvero « gestione (inefficace) senza potere », proprio a seconda che (pur in assenza di conferimento da parte dell'interessato) nella situazione in concreto sia in discussione la presenza, o meno, di un potere di gestione, la cui fonte di legittimazione prescinda da un atto di autorizzazione (o conferimento) del supposto *dominus* del negozio ⁽⁷⁴⁾.

L'estensione delle possibilità semantiche dimostra tutta la sua utilità nell'operazione di valutazione delle fattispecie per le quali si sono volta a volta avanzate o respinte le costruzioni del tipo « procura apparente », « rappresentanza apparente » ecc., senza peraltro raggiungere risultati persuasivi in un senso o nell'altro (quando non si è ripiegato sull'affermazione di responsa-

⁽⁷³⁾ Il rilievo è comune, per la letteratura italiana, al PUGLIATTI, *Sulla rappresentanza indiretta*, in *Studi cit.*, p. 398; e, per la letteratura tedesca, al MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, cit., p. 18.

Molto interessante, a questo riguardo, è invece la posizione di Franc. ROMANO, *La ratifica nel diritto privato*, cit., pp. 195-200, che argomenta in favore del « carattere » di *rappresentante*, in funzione dell'attività svolta anche da chi operi senza poteri, pur non verificandosi gli effetti che integrerebbero la fattispecie piena della *rappresentanza*; in senso del tutto analogo STAUDINGER, *BGB I* (RIEZLER-COING, *Allg. Teil*¹¹), Berlin, 1957, sub §§ 164 ss., n. 20, p. 945, mentre nella tradizionale concezione di REGELBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, è la nozione stessa di *rappresentanza* che non viene meno, pur mancando il conferimento di poteri e quindi il prodursi dei relativi effetti, che possono tuttavia conseguire all'eventuale ratifica (« Die vollmachtlose Stellvertretung ist nicht minder Stellvertretung als die bevollmächtigte »: *ivi*, p. 582; conf. ENNECERUS-NIPPERDEY, in ENNECERUS, KIPP, WOLFF, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, I, 2, *Allg. Teil*¹⁵, Tübingen, 1960, p. 1094).

In relazione al nostro sistema, l'utilizzazione dell'espressione « rappresentante (o rappresentanza) senza poteri » resta a mio avviso impropria. Il rilievo di Franc. ROMANO, *Op. cit.*, p. 198, che non si tratta di una mera questione terminologica è indubbiamente esatto, ma proprio in quanto si voglia in sostanza rinvenire (al di là di formule la cui operatività sia legata alla volontà del rappresentato) uno strumento flessibile, per il quale la definizione di gestione sembra allora di gran lunga preferibile.

⁽⁷⁴⁾ Sottolineo ancora che, ovviamente, questo tentativo di chiarificazione terminologica non tende, di per sé, a forzare l'analisi o modificare la valutazione del sistema vigente, ma vuole solo consentire lo svolgimento più perspicuo del discorso intrapreso.

bilità del principale per illecito *in contrahendo* del dipendente, mantenendosi così nello schema già sopra considerato). La realtà non è mai avara di esempi, che persino negli stereotipati resoconti giudiziali conservano quell'impronta particolare che viene impressa da circostanze molto diverse tra loro.

Vi è il caso ormai classico, che presenta tuttora incertezze pur a fronte dell'art. 1835 cod. civ., dell'impiegato di banca che abusando della propria posizione di apparente addetto al servizio compie annotazioni irregolari sul libretto di deposito a risparmio del cliente: ad esempio (in genere a scopo fraudolento) operando da solo, anziché con firma congiunta a quella di altro addetto; ovvero avvalendosi di libretti non autentici o comunque non rispondenti ai requisiti fissati dalla banca ⁽⁷⁵⁾; e può accadere che il comportamento anomalo (quale l'apposizione di una firma singola anziché congiunta) sia già stato in precedenza ripetutamente tollerato e tacitamente convalidato dalla banca ⁽⁷⁶⁾, in contrasto con i limiti ai poteri di gestione rappresentativa del dipendente, risultanti dal conferimento pubblicato o comunque reso noto.

Vi è il caso della figlia che ordina al sarto di famiglia la confezione di un cappotto destinato al fidanzato (che, si ha cura di precisare, è già peraltro ritenuto virtualmente membro della famiglia stessa nella considerazione sociale): ma il padre rifiuta il pagamento della fattura che il sarto — come in tutti gli altri casi di ordinazioni effettuate dai figli — gli sottopone; e la gogoliana vicenda, negli anni difficili dell'immediato dopoguerra, arriva al giudizio della Cassazione ⁽⁷⁷⁾ e al vaglio della dottrina ⁽⁷⁸⁾, che inquadra il caso fra gli esempi di infedele trasmissione (dove l'applicabilità dell'art. 1433 cod. civ.) della dichia-

⁽⁷⁵⁾ App. L'Aquila, 22 giugno 1950, in *Riv. giur. abruzz.*, 1950, 291; e v. già in precedenza Cass. 13 dicembre 1934, e Cass. 22 marzo 1935, cit., *supra*, a nota 43.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. Trib. Napoli, 7 giugno 1935, cit.

⁽⁷⁷⁾ Cass. 28 giugno 1946, n. 766, in *Foro it.*, 1947, I, 379.

⁽⁷⁸⁾ MINERVINI, *Eccesso di procura del rappresentante e responsabilità del « dominus »*, *ibid.*

razione di procura, effettuata dal preteso rappresentante quale nuncio della procura stessa.

Vi è il caso dell'alto prelato, segretario della Commissione cardinalizia preposta all'Amministrazione dei beni della Santa Sede, il quale (con abuso di ufficio e per interesse privato) contrae mutui nel quadro di operazioni valutarie speculative ⁽⁷⁹⁾; nonostante fosse « opinione comune nell'ambiente finanziario » che il monsignore « agisse per conto della Santa Sede con i più ampi poteri, tanto da essere considerato il Ministro delle finanze di quello Stato » e fosse inoltre « notorio nello stesso ambiente che era possibile compiere nella Città del Vaticano e per il tramite degli affari finanziari della Santa Sede ogni sorta di operazioni valutarie, per le quali vigevano in Italia rigorose limitazioni », l'affidamento del terzo contraente viene ritenuto inescusabile, avendo questi non solo ommesso (giudicandolo irriverente) di richiedere al preteso rappresentante la giustificazione dei propri poteri (art. 1393), ma non avendo neppure consultato l'Annuario pontificio, dal quale sarebbe agevolmente rilevabile la competenza dei vari organi amministrativi della Santa Sede.

Vi è il caso dell'impiegato che per anni si ritiene dipendente di un'impresa, essendo stato assunto da chi dichiara di agire in nome e per conto della stessa, e che solo all'atto della risoluzione del rapporto di lavoro, reclamando le relative indennità, si sente opporre che l'assunzione era stata effettuata non già da un preposto dell'impresa, bensì da un agente non dipendente dalla stessa e munito di un mandato non comprensivo della facoltà di assumere personale ⁽⁸⁰⁾.

Vi è il caso di chi entra in trattative, per l'acquisto di una partita di vino, anziché con il titolare dell'impresa, con un collaboratore e parente di questi, che lo riceve nei locali dell'impresa,

⁽⁷⁹⁾ App. Roma, 4 giugno 1957, in *Foro it.*, 1958, I, 99; Cass. 9 ottobre 1958, n. 3178, *ivi*, 1959, I, 399.

⁽⁸⁰⁾ Cass. 17 luglio 1946, n. 415, in *Mon. Trib.*, 1946, 209; per un caso analogo si veda già Cass. 10 luglio 1936, n. 2441, in *Foro it.*, 1936, I, 1260.

determina quantità e prezzo, accompagna l'acquirente ad effettuare un assaggio nelle cantine, gli consente di prelevare un campione, ed incassa un acconto: gestione inefficace per difetto di potere, come sostiene il titolare, preteso rappresentato, che rifiuta successivamente la prestazione dedotta in contratto? o gestione efficace, basata su un potere derivante dall'apparenza? o derivante da un conferimento implicito o tacito? E a quale tra queste soluzioni ha aderito la Cassazione, condannando in solido il preteso rappresentato e lo pseudo rappresentato al risarcimento danni per inadempienza contrattuale ⁽⁸¹⁾?

Vi è, ancora, tutta una serie di casi in cui, nel comportamento delle parti (principale, preposto, terzo contraente), la nota dominante sembra essere quella dell'ambiguità: la qualificazione giuridica dei rapporti è incerta nella sostanza, oltre che nelle manifestazioni esteriori; l'andazzo sembra porsi come l'unico, approssimativo punto di riferimento per regole di comportamento cui si ricollega allora, non del tutto a torto, un principio di affidamento; e l'imprecisione e genericità nella descrizione e valutazione di quelli che dovrebbero essere gli elementi fattuali decisivi ai fini della ricostruzione giuridica della fattispecie caratterizzano anche le decisioni degli stessi giudici di merito, al punto che sono frequenti in questa materia le sentenze di rinvio della Cassazione che lamentano l'insufficienza dell'indagine sui presupposti di fatto che giustificerebbero l'applicazione di principî di diritto, di per sé ritenuti esatti (quali, ad es., la c.d. apparenza colposa). Sono i casi — particolarmente interessanti perché contenuti nella zona grigia dell'ausiliarità — in cui la qualifica del preposto è dubbia, e largamente indeterminati ne sono i poteri ⁽⁸²⁾, come

⁽⁸¹⁾ Cass. 20 settembre 1954, n. 3080, in *Giust. civ.*, 1954, 2115. È escluso che sia stato comunque applicato l'art. 2208 cod. civ., stante la mancanza di qualsiasi riferimento alla figura di un institore che abbia agito in proprio nome, restandone impegnata la responsabilità del preponente, palese o occulto.

⁽⁸²⁾ Da segnalare, nel senso della più inestricabile ambiguità, le seguenti (fra molte sentenze del genere); Cass. 6 ottobre 1952, n. 2934, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1953, (XXXII, 3), 6; Cass. 22 ottobre 1956, n. 3804, in *Giust. civ.*, 1957, I, 665; Cass. 5

accade di sovente per certi agenti e titolari di agenzie di imprese di assicurazione, o per certi commessi di negozio, che nel commercio giuridico con i clienti, e soprattutto nell'emettere o nel raccogliere dichiarazioni, o nell'esigere il compimento di determinate formalità (si pensi ai questionari riempiti e sottoscritti dagli assicurati), non solo si allontanano dalle regole di condotta prescritte cautelativamente dal principale (che tuttavia talvolta tollera o addirittura incoraggia la loro inosservanza, ritenendosi comunque protetto), ma inducono il terzo contraente ad un comportamento a sua volta incurante (più o meno consapevolmente) del rispetto di quelle rigorose, e apparentemente superflue, formalità ⁽⁸³⁾.

Vi è, infine, un'altra serie di casi tipicamente caratterizzati da un'avvenuta cessione di azienda, cui non fa riscontro la conoscenza da parte dei terzi del mutamento, ossia della successione nella titolarità dell'impresa ⁽⁸⁴⁾, ciò può avvenire quando, ad es., il precedente titolare risulta tuttora intestatario dell'esercizio (ovvero di licenze ed autorizzazioni amministrative ad esso relative),

marzo 1958, n. 2716, in *Riv. dir. commerc.*, 1959, II, 335; Cass. 30 luglio 1947, *ivi*, 1948, II, 1; Cass. 17 marzo 1950, *ivi*, 1951, II, 82; Cass. 12 luglio 1965, n. 447, in *Foro it.*, 1966, I, 339; e, recentissima, Cass. 22 luglio 1966, n. 1607, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, 812.

⁽⁸³⁾ Vi è indubbiamente un margine, nelle situazioni ambigue, entro il quale l'assunzione del rischio (da parte del mandante che abbia dato istruzioni imprecise: cfr. Cass. 10 giugno 1949, n. 1440, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949 (XXVIII, 2), 516; o da parte del terzo incautamente affidantesi: cfr. Cass. 15 luglio 1963, n. 1929, in *Foro it.*, 1963, I, 2065) non è giuridicamente reversibile, ancorché in ultima analisi indotta da un comportamento socialmente coatto che dovrebbe suggerire la più larga applicazione di considerazioni equitative, sulle quali invece non sono ancora confluite in misura adeguata l'attenzione e la valutazione dei giudici; non si allude alle situazioni in cui l'estensione della tutela importerebbe il premio alla dabbennaggine, ma a quelle, frequentissime, in cui il comportamento si modella sull'ossequio alla consuetudine, sul ritegno a manifestare soverchia diffidenza, sulla semplicità delle forme, sulla signorilità, e talvolta sull'abitudinaria soggezione a forme di prevaricazione contrattuale, cui gli artt. 1341, 1342, 1362 ss. frappongono sovente troppo fragile ed illusoria difesa.

⁽⁸⁴⁾ L'ipotesi è considerata un'esemplare fattispecie di apparenza giuridica, accreditata dalla giurisprudenza, da FALZEA, voce « Apparenza », in *Enc. del. dir.*, cit., a p. 701.

ed il suo nome venga (quindi) ufficialmente speso, da solo o in ambiguo collegamento con quello del nuovo effettivo esercente dell'attività imprenditrice (che può apparire ai terzi un semplice preposto); così come può inoltre avvenire che il cedente dell'azienda continui addirittura l'esercizio di essa sul piano della gestione di fatto senza apparente soluzione di continuità, in quanto a ciò preposto dall'acquirente dell'azienda e successore nell'impresa, che peraltro può restare affatto sconosciuto ai terzi⁽⁸⁵⁾. Si tratta di situazioni veramente paradigmatiche, e di grandissima rilevanza storica oltre che dogmatica, perché su di esse si risentono in modo particolarmente pressante l'incidenza delle forme di pubblicità⁽⁸⁶⁾ e la portata della teorica dell'imprenditore occul-

(85) Anche in questi casi l'intestazione delle licenze, ed altri consimili elementi burocratici, possono collimare o contrastare con altre risultanze di fatto o dichiarazioni dell'apparente titolare o dell'apparente preposto. Né è infrequente che in queste ipotesi svolga invece un ruolo preminente la simulazione inversa, per quanto concerne lo stesso negozio di cessione di azienda, onde potrebbe in qualche caso risultare che imprenditore effettivo è pur sempre il cedente, mentre è il preteso cessionario ad essere solo apparentemente imprenditore. È superfluo rilevare, infine, che tutte le considerazioni qui svolte sono ugualmente applicabili ai trasferimenti del godimento dell'azienda (affitto, usufrutto: artt. 2556, 2561, 2562 cod. civ.), con le ulteriori conseguenze sull'affidamento dei terzi derivanti dall'applicazione delle norme sull'uso (obbligatorio, e non meramente consentito, come nel caso della ditta derivata) della ditta originaria.

Per le più recenti sentenze in materia (quasi tutte, pur con diverse sfumature, nel senso di riconoscere efficacia all'apparente rapporto di preposizione intercorrente tra imprenditore presunto e imprenditore effettivo) cfr. Cass. 4 maggio 1963 n. 1099, in *Giur. it.* 1964, I, I, 626; Cass. 27 aprile 1964, n. 1013, in *Foro pad.* 1964, I, 1375; Cass. 14 febbraio 1966, n. 471, in *Foro it.*, 1966, I, 1917; e già in precedenza, tra le più significative, App. Napoli 29 luglio 1953, in *Riv. dir. commerc.*, 1954, II, 351; App. Milano 12 luglio 1955, in *Foro pad.* 1956, I, 350; Cass. 8 ottobre 1956, n. 3389, in *Foro it.* 1957, I, 1473.

(86) In un puntuale scritto in argomento, il PAVONE LA ROSA, *Sulla pubblicità degli atti di trasferimento dell'azienda*, in *Foro it.* 1957, I, 1474, lamenta giustamente la mancata attuazione, da un lato, delle forme di pubblicità connesse all'istituzione del registro delle imprese, e dall'altro lato l'illusorietà o ambiguità delle forme di pubblicità di fatto (suggerite dalla giurisprudenza per eliminare l'operatività dell'apparenza), tanto più in funzione del regime della ditta cui si è fatto cenno nella nota precedente.

Lascia tuttavia perplessi l'auspicio di una pronta attuazione del registro delle imprese, che non solo non sembra realizzabile a breve scadenza, e difficilmente eliminerebbe (se non su di un piano meramente formalistico, come chiarirò in seguito) le

to⁽⁸⁷⁾, e perché d'altronde non a caso tutto un capitolo del

difficoltà denunciate, ma lascerebbe inoltre per definizione scoperta tutta la zona delle imprese non soggette a registrazione, cioè proprio quei modesti esercizi (botteghe, negozi, bar ecc.) con riguardo ai quali il fenomeno dell'ambiguità in occasione dei trapassi di proprietà o di gestione sembra proporsi con più grave incidenza, almeno sotto il profilo della sorpresa della buona fede dei terzi in ragione della limitata entità economica degli affari transatti in tale sfera di attività, e quindi dello scarso controllo che ci si può ragionevolmente attendere da parte del pubblico.

Il problema è stato affrontato in Francia da recenti leggi sotto il profilo della pubblicità specifica dei contratti di *location-gérance* dei *fonds de commerce* (cfr. decreti 22 e 30 settembre 1953, e legge 20 marzo 1956), su cui si vedano le ampie e talvolta apprezzabili considerazioni di CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Paris, 1959, pp. 21, 56, 64 ss.

(87) Contrastata anche su questo punto da BELVISO, *Op. cit.*, pp. 133-4, nel senso di escludere che possa instaurarsi un rapporto da imprenditore occulto a imprenditore palese *sub specie* di preposizione institoria, almeno in qualche caso, fra cui rientrerebbe l'ipotesi « di un soggetto che svolga attività d'impresa in nome proprio, ma non personalmente, bensì servendosi di un institore, il quale risulti poi il reale interessato all'impresa medesima » (*ibid.*). L'obiezione viene così proposta: « In un'ipotesi del genere, l'imprenditore palese dovrebbe essere institore segreto dell'imprenditore occulto, che, a sua volta, appare ai terzi come institore, bisognerebbe dire: palese. Ma ciò non sembra: in verità l'imprenditore palese non svolge nessuna attività in favore di altri limitandosi a figurare titolare di un'attività, *che per ipotesi viene svolta di fatto dal reale interessato* ». (Corsivo mio; basta pensare che l'attività di fatto potrebbe essere svolta da una terza, diversa persona, ad essa preposta, per comprendere — come sarà subito ulteriormente chiarito — che l'esempio ipotizzato poggia essenzialmente su forzature non necessarie). In conclusione — secondo la tesi qui riferita — sarebbe assurdo qualificare di preposizione institoria un rapporto in cui l'imprenditore palese-institore segreto si limiterebbe a fungere da prestanome, senza compiere alcuna opera gestoria (attuata invece dallo stesso interessato, ovvero — come ho appena rilevato — da una terza persona ancora). Ma questa argomentazione (benché riferita a una situazione particolarmente intricata e pertanto apparentemente vulnerabile) non è da considerarsi decisiva: la rilevanza dell'attività di *qualsiasi* institore è in ogni caso schiettamente giuridica, ed è indifferente sotto questo profilo che l'opera di gestione sia concretamente svolta da lui o da altro preposto o sostituto (restando fermo, per l'art. 2208, che è comunque concepibile la spendita del nome dell'institore in quanto tale, quindi anche se fatta da altri); ne consegue che anche l'attività, e quindi la qualificazione, di *qualsiasi institore segreto*, può risolversi in una mera funzione di copertura giuridica dell'imprenditore occulto, senza che l'esempio qui discusso sia tale da incidere sulla validità, o meno, della configurazione dell'institore segreto. Tale è, o può essere, al di là di un richiamo alle concrete prestazioni originarie (indubbiamente tuttora tipiche) dell'institore, la portata della sua attuale sistemazione giuridica.

Chiarisco ora ciò che si sarebbe potuto mettere in evidenza sin dall'inizio di questa nota, e cioè che le suddette tortuose ipotesi configurate in astratto (quasi come prova di resistenza marginale), sono in realtà tra le più frequenti e normali, risultando

pensiero giuridico anglosassone (circa le relazioni tra *undisclosed agency* e *apparent authority*) si è venuto svolgendo da quasi un secolo, ed è stato in questi ultimi anni radicalmente rimeditato, proprio attraverso l'inesausta analisi di un celebrato *case* del 1893, il *Watteau v. Fenwick*, in cui appunto il cedente dell'azienda aveva continuato ad operare quale gestore dell'esercizio, e così da institore (segreto) del cessionario⁽⁸⁸⁾, e dove si incontra, in ragione dell'eccesso di potere da parte dell'institore, « quella

appunto, in genere, dai veri o presunti trapassi d'azienda di cui è questione nel testo. In altre parole, tali trapassi possono porre problemi non solo di rappresentanza apparente, ma anche (seppur non necessariamente) di esercizio indiretto o occulto dell'impresa. Nel primo caso, va senz'altro tenuta presente almeno la necessità che i beni nella disponibilità dell'esercente l'azienda (pur se di proprietà del precedente titolare, ma senza che i terzi possano essere ragionevolmente a conoscenza dell'attuale titolarità dell'esercizio) non vengano sottratti alla garanzia dei creditori dell'impresa (la questione va tenuta distinta dall'obbligo di riconsegnare cose su cui altri, in condizioni normali, vantano un diritto reale o un credito di restituzione: cfr. CASANOVA, *Disciplina giuridica delle obbligazioni di restituzione nel fallimento*, Pisa, 1933, pp. 8-16): si tratta di un'applicazione particolare di un principio di affidamento non dissimile dalla regola inglese della *reputed ownership* (cfr. FERRARA, *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1948, pp. 417 ss.; BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, cit., p. 125, nota 18, pp. 136-41; cui adde ROSSI, *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, 1956, pp. 111 ss.). Nel secondo caso, la regola della *reputed ownership* resta assorbita, ove si ammetta la teoria dell'imprenditore occulto: e ciò è già stato rilevato, ovviamente, dal BIGIAVI, *Op. ult. cit.*, p. 126, nota 18; aggiungerei tuttavia che, anche in tal caso, la regola continua a rivestire un ulteriore motivo di interesse, che può emergere solo al di fuori di un contesto fallimentare, quale era quello tenuto presente dal BIGIAVI: essa funge, infatti, come una delle spiegazioni politiche — forse la più rilevante — della stessa operatività dell'*agency* nei confronti dell'*undisclosed principal*, impegnando la responsabilità di quest'ultimo, per le obbligazioni assunte dall'*agent* institore segreto, anche al di là dei poteri internamente conferitigli, e ciò in funzione (*e non necessariamente nei limiti, bensì con un collegamento globale*) dell'utilizzazione del complesso dei beni dell'impresa di proprietà dell'imprenditore occulto da parte dell'imprenditore palese. Mi pare che in questo senso acquistino significato le penetranti osservazioni di STOLJAR, *The Law of Agency*, cit., pp. 55-59, a proposito del *leading case* *Watteau v. Fenwick*, di cui alla nota successiva; in conclusione, anche nel caso dell'imprenditore occulto, gli « *indicia of ownership* » che collegano l'impresa all'institore segreto mantengono rilievo sotto il profilo della rappresentanza indiretta, anche non autorizzata, ossia dei poteri di gestione di quest'ultimo.

⁽⁸⁸⁾ *Watteau v. Fenwick*, 1 Q. B. (1893) 346; cfr. SEAVEY, *Studies in Agency*, St. Paul, Minn., 1949, pp. 190 ss.

straordinaria anomalia, la rappresentanza apparente rispetto a un rappresentato occulto » (⁸⁹).

Quattro decisioni della nostra Cassazione (fra le più recenti pronunciate in materia) consolidano definitivamente il principio della responsabilità contrattuale del preteso rappresentato, convalidando la nozione di rappresentanza apparente, limitatamente alle situazioni di apparenza colposa creata appunto dallo stesso preteso rappresentato (⁹⁰); e le due ultime decisioni non solo affermano il principio, ma (diversamente dalle altre due, in cui la fattispecie non risulta in concreto integrata) ne riconoscono l'applicabilità alle situazioni di fatto accertate dai giudici di merito.

È noto (e lo si rilevava più sopra) che, da un lato, la teorica della rappresentanza apparente è circondata da diffidenza e riserve, di cui il rilievo stesso dato al requisito della colpa è già, intrinsecamente, una comprensibile manifestazione (⁹¹); e la cautela trova ulteriori, giustificati appigli nella disciplina della procura (⁹²) e della sua forma (⁹³), e nella molteplicità delle ipotesi in cui l'efficacia della pubblicità è (o dovrebbe essere) decisiva. Dall'altro lato, vi è la tendenza a spiegare le stesse ipotesi di gestione efficace riconosciute dalla legge — sulla base di

(⁸⁹) « In *Watteau v. Fenwick* we encounter that extraordinary anomaly, the apparent authority of the agent of an undisclosed principal »: F. R. MECHEM, *Outlines of the Law of Agency*⁴, (ed. P. MECHEM), Chicago, 1952, p. 74.

La peculiarissima costruzione dell'*undisclosed agency* in *common law* sarà valutata globalmente più avanti.

(⁹⁰) Cass. 7 aprile 1964, n. 780, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 464; Cass. 12 luglio 1965, n. 147, in *Foro it.*, 1966, I, 339; Cass. 14 febbraio 1966, n. 471, *ivi*, 1966, I, 1917; Cass. 18 marzo 1966, n. 746, *ibid.*

(⁹¹) Sul ruolo della colpa cfr. più ampiamente avanti. Si noti sin d'ora, d'altronde, che lo studio della colpa, consueto nelle fattispecie invalidatorie, trova in questo caso applicazione invece a fattispecie sananti, come vedremo verificarsi anche per l'errore. Per l'inquadramento di questo tema cfr. intanto MAIORCA, voce « *Colpa civile (teoria generale)* », in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1960, 534, 547.

(⁹²) Il riferimento a NICOLÒ, *La c.d. procura apparente*, in *Foro d. Lomb.*, 1935, I, 559 è tuttora essenziale.

(⁹³) Su questo punto si vedano le osservazioni di TORRENTE, *In tema di procura apparente*, in *Foro it.*, 1958, I, 391.

un potere che prescinde dalla persistenza di un conferimento autorizzativo (in quanto questo sia revocato o modificato: articolo 1396 cod. civ.) — in termini di inopponibilità dei limiti intervenuti ad operare sul negozio di conferimento, finché questi non siano noti ai terzi; e dovendosi poi precisamente dar ragione della portata sistematica di tale inopponibilità (che di per sé, ovviamente, non spiega affatto la *ratio* dell'efficacia della gestione, individuandone solo il mezzo tecnico di realizzazione) si tenta di sottrarsi all'operatività di un principio di apparenza, configurando — al di là di ciò che ne costituisce un'evidente applicazione (posto che l'inopponibilità del limite è una conseguenza della sua non apparenza) ⁽⁹⁴⁾ — l'esistenza di una situazione reale ⁽⁹⁵⁾. L'argomento, nella sua singolare dialettica, resta poco perspicuo, o meglio si comprende solo attribuendo il valore di « situazione reale » a tutta una serie di elementi formali, e cioè la presenza della procura e la mancata rimozione di essa finché non sia completata (con la comunicazione ai terzi e salva la loro conoscenza acquisita *aliunde*) la formazione progressiva del negozio di revoca o di modifica ⁽⁹⁶⁾. Si può senz'altro convenire che questa è *lawyers' law* ad alto livello, racchiusa in se stessa e ricostruita dall'interno con rigore logico ⁽⁹⁷⁾; ma essa non può soddisfare, neppure dogmaticamente, le esigenze da cui muove l'indagine, ove si tratti di individuare, nella legge come sistema, il principio ordinatore di un determinato fenomeno (quale la rappresentanza, o più latamente la gestione), così da confrontarne la rispondenza — sia pure imperfetta, e condizionata da fattori tecnici — a quelle necessità e situazioni, appunto, « reali » (ma

⁽⁹⁴⁾ Così riconosce lo stesso SANTORO-PASSARELLI, *Responsabilità del fatto altrui ecc.*, in *Saggi di dir. civ.*, cit., 1903, a p. 1102, nota 14.

⁽⁹⁵⁾ NICOLÒ, *Op. loc. cit.*

⁽⁹⁶⁾ *Ibid.*

⁽⁹⁷⁾ Anche SANTORO-PASSARELLI, *Op. loc. ult. cit.*, non esita ad attribuire carattere di situazione reale alla ricostruzione tecnica configurata dal NICOLÒ, ma ammette che l'apparenza sia alla radice della norma di legge così interpretata, come *ragione politica* di essa.

non in senso meramente giuridico) che esistono al di fuori e prima della legge, e in funzione delle quali, in ultima analisi, la legge è posta. E così, quando si parla di « inopponibilità » e di « situazione reale » come risultato della combinazione di un negozio preesistente di procura (o meglio del suo effetto reale: la qualità di rappresentante dell'investito) con un negozio di revoca incompleto nel suo procedimento formativo, non si è in verità assolto il compito di fornire il *rationale* della descritta regolamentazione ⁽⁹⁸⁾.

Tuttavia, pur con le limitazioni formalistiche che probabilmente sono l'inevitabile conseguenza di un preconetto rifiuto dell'apparenza ⁽⁹⁹⁾, bisogna riconoscere che i termini essenziali del problema sono stati esattamente ed accuratamente individuati proprio accostando e contrapponendo situazione apparente e situazione reale, e indirizzandosi verso una ricognizione (peraltro

⁽⁹⁸⁾ Sempre per la verità, occorre aggiungere che questo non poteva essere nelle intenzioni della breve nota del NICOLÒ; ma, successivamente, ad essa ci si è costantemente richiamati anche in contesti di più ampio respiro. E in considerazione di ciò si potrebbe ripetere, proprio con riferimento alla soluzione indicata dall'autorevole scrittore, ciò che egli stesso rilevava a proposito di altre formule da lui giustamente criticate come inadeguate a spiegare il fondamento e la stessa configurabilità del fenomeno, e di cui rilevava che, anche a voler loro « riconoscere portata costruttiva, con esse non si può individuare, con processo autonomo di ricerca, la causa dell'effetto predisposto dalla norma, ma si finisce solo col voler desumere, dalla positiva sussistenza dell'effetto, l'esistenza della causa che normalmente dà luogo a quell'effetto. Bisognerebbe invece dimostrare per lo meno due cose: a) che tra l'effetto e la causa la cui esistenza si desume dalla presenza di quello, vi sia una necessaria (e non semplicemente normale) correlazione; b) in secondo luogo quale sia la giustificazione sistematica dell'esistenza della causa, dimostrare in altri termini perché, malgrado la revoca, il rappresentante sia ancora legittimato o abbia il potere di agire validamente per il rappresentante » (NICOLÒ, *Op. cit.*, c. 564). Anche su questo piano, la dimostrazione a sua volta tentata da questo a. non è, per i motivi che illustreremo, persuasiva.

⁽⁹⁹⁾ Il momento di evoluzione del pensiero giuridico che stiamo esaminando, e che si estende agli ultimi tre o quattro decenni, è caratterizzato da una ricorrente ostilità nei confronti dell'utilizzazione sul piano tecnico del principio dell'apparenza (e basti ricordare, fra i tanti, STOLFI G., *L'apparenza del diritto*, Modena, 1934 e VERGA, *Osservazioni in tema di apparenza*, in *Riv. dir. priv.*, 1940, 193), in polemica talvolta sterile anche con ogni tentativo di fissarne concretamente i connotati, la portata e i limiti, quale si ritrova precipuamente in MOSSA, *La dichiarazione cambiaria*, Pisa, 1930, e in SOTCIA, *Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità*, cit.

tutta ancora da approfondire) dell'effettiva sussistenza di elementi riferibili precisamente a una *qualche* situazione reale nelle ipotesi problematiche in esame.

Non poteva essere diversamente, in considerazione della frequenza con cui apparenza e realtà si presentano nella speculazione giuridica in una certa posizione di alternatività che (come vedremo tra breve) sembra talvolta sfociare in una di fungibilità. Né pare che, nell'ambito che ci interessa, altre costruzioni ricorrenti (procura tacita, presunta, da comportamento concludente, di tolleranza o sopportazione; *Vertrauenshaftung*; dichiarazioni legalmente tipizzate; ecc.)⁽¹⁰⁰⁾ costituiscano in sostanza più che varianti di quell'alternativa, sul cui sfondo si colloca — secondo una terminologia ormai largamente accolta — un principio di autoresponsabilità⁽¹⁰¹⁾, intesa questa come onere all'assunzione di un determinato contegno e come fondamento dell'equipollenza, che sarebbe in questi casi riconosciuta dall'ordinamento, tra azione realizzata e azione doverosa⁽¹⁰²⁾.

Altrimenti formulata, l'essenza di tali costruzioni si risolve cioè nell'affermazione dell'autoresponsabilità del gerito, che si prospetta come conseguenza di una situazione fondata in apparenza o (secondo altri) in fatto, e che rende comunque efficace la gestione nei suoi confronti.

⁽¹⁰⁰⁾ In particolare sulle dichiarazioni legalmente tipizzate cfr. gli spunti di MENGONI, *Ancora in tema di pagamento al « falsus procurator »*, in *Riv. dir. commerc.*, 1953, II, 118, 120-1, e l'inquadramento generale di SCHLESINGER, voce « *Dichiarazione (teoria generale)* », in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, p. 371 ss., qui a p. 384; e già MANICK, *Das Rechtswirksame Verhalten*, Berlin, 1939, pp. 279 ss., e SCHMIDT-RIMPLER, *Grundfragen etc.*, cit., infra, alla nota 125. Sulla *Vertrauenshaftung* v. per tutti STAUBINGER, *BGB I (RIEZLER-COING, Allg. Teil)*, cit., a p. 996. Sulle altre configurazioni della procura *infra*.

⁽¹⁰¹⁾ Per la recente precisazione del concetto v. PUGLIATTI, voce « *Autoresponsabilità* », in *Enc. del dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 542 ss.; ma v. già MÜLLER-ERZBACH, *Gefährdungshaftung u. Gefahrtragung*, in *Arch. f. d. Civ. Praxis*, 106 (1910), 309; *ivi*, 109 (1912), 1; MANICK, *Irrtum u. Auslegung*, Berlin, 1918, pp. 250 ss.; MOSSA, *La dichiarazione cambiaria*, cit., p. 105; SOTCIA, *Apparenza giuridica ecc.*, cit., pp. 251 ss.

⁽¹⁰²⁾ PUGLIATTI, *Op. loc. ult. cit.*, a p. 464.

Resta da soffermarsi (evitando di rimanere vincolati alla disputa circa la validità in generale del principio dell'apparenza) ⁽¹⁰³⁾ su quella singolare « fungibilità » di due termini *prima facie* così antitetici, quali « apparenza » e « realtà ». Cosa c'è alla base del loro frequente scambio, della frequente individuazione degli estremi ora dell'una, ora dell'altra, nell'ambito dello stesso ordine di fenomeni, e a seconda — si direbbe — di arbitrari criteri di preferenza dell'osservatore?

Indubbiamente, spesso si tratta semplicemente di un equivoco, di un procedimento valutativo errato, di una confusione concettuale ⁽¹⁰⁴⁾.

Ma in molti casi, invece, le possibilità di trasposizione dalla sfera del reale a quella dell'apparente hanno, anche nel campo giuridico, origini più profonde e riscontri più sostanziali nell'oggettiva complessità dei fenomeni considerati ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰³⁾ E si noti che una disputa analoga si riproduce sostanzialmente anche a proposito del principio di autoreponsabilità; cfr. VERCA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941, p. 180.

⁽¹⁰⁴⁾ Il discorso potrebbe essere, su questo punto, ampio e complesso. È gioco-forza limitarsi qui a ricordare le sottilissime ma precise distinzioni ricorrenti a più riprese in BIGIAMI, *L'imprenditore occulto*, cit., p. 45, nota 9; ID., *Difesa ecc.*, cit., p. 27, nota 19; ID., *Società occulta, società palese, società apparente (Audizione e legittimazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, II, 528, a pp. 550 ss. Non è senza interesse rilevare che da questi scritti emergono una serie di connessioni tra società occulte, irregolari o di fatto (soprattutto con riferimento al diritto francese), e apparenti, che giustificano ampiamente le perplessità qui appena accennate. Cfr. anche, con esatte considerazioni sull'efficacia necessariamente relativa, in termini di responsabilità, delle c.d. società apparenti, o meglio della posizione dei singoli soci apparenti, BELVISO, *Società apparente o « impresa di gruppo »?*, in *Riv. dir. commerc.*, 1963, II, 238.

⁽¹⁰⁵⁾ L'interesse dell'antitesi fra apparenza e realtà, che assume necessariamente coloriture speculative, sembra modernamente accentrarsi sulla contrapposizione, per quanto riguarda il termine apparenza, tra le caratteristiche della « trasparenza » e della « opacità »: solo la prima, ovviamente, assume rilievo, in quanto l'apparenza (per distinguersi dal generico apparire, che può essere anche della realtà) deve appunto far trasparire un fenomeno attraverso un altro, laddove un fenomeno opaco, che rivela soltanto sé stesso, non conferisce alla nozione di apparenza alcun significato, in questo contesto.

Sul piano giuridico l'osservazione è già stata fatta ripetutamente, seppur con diverse formule (cfr., ad es., FALZEA, voce « Apparenza », in *Enc. del dir.*, II, Milano, 1958, pp. 682 ss., 685; Salv. ROMANO, *Osservazioni sulle qualifiche « di fatto » e*

E si osservi, anzitutto, come si presenta la situazione *alla luce del senso comune*, prescindendo per un momento dallo svolgimento del dato normativo.

È chiaro che se l'apparenza dovesse sempre essere tutelata per una sua autonoma rilevanza, assolutamente oggettiva, non avrebbe senso distinguere tra apparenza « pura » e apparenza « colposa »: ed è noto invece che le applicazioni del principio sono spesso (e in particolare proprio nel nostro caso, della c.d. rappresentanza apparente) contenute entro i limiti di situazioni caratterizzate da colpa⁽¹⁰⁶⁾; tuttavia, questa limitazione — nel cui ambito, soprattutto da parte della giurisprudenza, si ritiene di dover circoscrivere i casi non specificamente previsti dalla legge — è di per sé arbitraria, tanto è vero che la legge, in quei casi che sono invece espressamente contemplati, ne prescinde (e dà rilievo piuttosto alla posizione contrapposta del terzo, che deve versare in stato di errore oggettivamente scusabile, se non anche, come pare, di buona fede soggettiva)⁽¹⁰⁷⁾. Non bisogna quindi credere che l'elemento della colpa possa adottarsi come criterio di valutazione della situazione giuridica da regolare, tale da determinare — *sul piano dei principî in esame* — conseguenze in capo al titolare in funzione del suo comportamento negligente o doloso, piuttosto che in funzione dello stato di apparenza che comunque ne risulta: fra l'altro, se ciò fosse vero, e cioè se in pratica fosse la colpa a venire in rilievo come requisito autonomo

« di diritto », in *Scritti giur. in onore di Santi Romano*, IV, Padova, 1940, pp. 145-6; nonché già SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, rist. 1953, pp. 215-6).

Ma è interessante osservare che il fenomeno relazionale della trasparenza ha assunto un rilievo assai più generale, e che ad esso mettono capo sul piano filosofico studi recenti che indagano il rapporto tra l'uomo, il linguaggio e le cose (FOUCAULT, *Le parole e le cose. Una archeologia delle scienze umane*, Milano, 1967, specie a p. 327 ss.), o, sotto altro non dissimile profilo, quello tra l'uomo, la percezione e le cose (*La psicologia transazionale* [KILPATRICK, ed.], Milano, 1967).

⁽¹⁰⁶⁾ FALZEA, *Op. ult. cit.*, qui a p. 700.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibid.*, pp. 685, 694. V. anche MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, Milano, 1951, p. 150, e MENGONI, voce « *Acquisto 'a non domino'* », in *Noviss. Dig. it.*, I, 1, Torino, 1957, pp. 242, 246-7.

di qualificazione della fattispecie, la conseguenza logica — *disco-standosi da quei principî* — sarebbe l'applicabilità delle norme sull'illecito (non importa se extracontrattuale o precontrattuale), insieme al declassamento del fenomeno specifico della creazione di apparenza a mera componente fattuale (*evento*), risultante dal comportamento (*azione soggettiva*) che ha in ultima analisi per effetto il *danno ingiusto*, il cui momento genetico e causale sarebbe tuttavia costituito dalla *colpa* e dalla sua *imputabilità* al soggetto (¹⁰⁸); e invero, abbiamo visto come chi muove appunto da tale convincimento finisca più coerentemente per risolvere il problema della tutela del terzo non già sul piano della conservazione del negozio concluso dallo pseudo legittimato, bensì sul piano del risarcimento danni a carico del supposto *dominus* in colpa (riportandosi allora su un terreno del tutto estraneo a quello qui considerato), ed eventualmente del risarcimento in forma specifica *ex art.* 2058 (confondendo allora i due ordini di fenomeni, in modo tanto artificioso quanto fallace) (¹⁰⁹).

Occorre dunque convincersi che la richiesta della presenza della colpa del titolare, per riconoscere effetti giuridici alla situazione apparente, può giustificarsi non per il rilievo immediato che la colpa normalmente assume come componente soggettiva

(¹⁰⁸) MAIORCA, voce « *Colpa civile (teoria generale)* », cit., a pp. 556 ss. Occorrerebbe peraltro risolvere nel senso di una generale validità del principio « *alterum non laedere* » (sia pure in quella sua specificazione che è lo *Schutzpflicht* o « dovere di protezione ») il problema dell'antigiuridicità del comportamento in questione. Si vedano SCHLESINGER, *La « ingiustizia » del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 336, e gli altri esaurienti richiami in BESSONE, *Apparenza del potere di rappresentanza ecc.*, cit., a pp. 376-77.

(¹⁰⁹) La conservazione della validità del negozio come la sanzione riparatoria più adeguata è peraltro idea ricorrente, seppure in forma non approfondita, e denuncia una imperfetta decantazione del problema. Ai richiami già fatti *supra* (nota 45), adde SACCO, *Culpa in contrahendo ecc.*, cit., a p. 82 (« L'applicazione del principio di apparenza porta con sé il risarcimento in forma specifica »); CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence etc.*, cit., p. 59. In MOSSA, *La dichiarazione cambiaria*, cit., gli accenni in questo senso (pp. 104 ss., 134) sono indubbiamente più meditati, rinvenendosi un tentativo di giustificazione nella considerazione che « l'interesse negativo può, infatti, raggiungere il massimo grado dell'interesse positivo » (p. 134, nota 280).

di un'azione antiggiuridica, ma solo in funzione indiretta, e cioè in quanto la colpa stessa implica un comportamento, di per sé idoneo a costituire un *collegamento* tra la situazione apparente e il soggetto che, appunto in virtù di tale collegamento, può essere ragionevolmente chiamato a sopportarne le conseguenze; ma se — adottando questa prospettiva — è il criterio di collegamento che in realtà deve considerarsi decisivo ai fini dell'incidenza di determinati effetti giuridici sul soggetto ⁽¹¹⁰⁾ di una situazione c.d. apparente, dovrebbe anche concludersi in via di prima approssimazione che, oltre alla colpa (ed anzi prescindendo comunque dalla teorica dell'illecito in cui essa di solito si colloca, e così dal comportamento che essa qualifica), anche altri fattori di collegamento (sempre al di fuori delle fattispecie di apparenza legislativamente regolate) possono comportare l'operatività del particolarissimo principio di apparenza in esame, purché anch'essi idonei a giustificare il sacrificio del soggetto cui la situazione apparente fa capo, ossia del controinteressato alla protezione dell'affidamento, tanto più se questo dovesse qualificarsi « affidamento involontario » ⁽¹¹¹⁾.

In altre parole, un'eventuale ipotesi extralegislativa di tutela di una situazione apparente non potrebbe configurarsi — senza risultare eccessiva, e quindi ingiustificata nella quasi totalità dei casi — sul piano dell'apparenza « pura », e non sarebbe d'altra parte coerentemente relegabile nella sfera ambigua, o meglio ibrida, della c.d. apparenza « colposa » ⁽¹¹²⁾. Risulta chiaro da quanto precede che occorrerebbe piuttosto fare ricorso ad una nozione di apparenza « qualificata » dall'esistenza di un colle-

⁽¹¹⁰⁾ Uso qui il termine « soggetto », più generico di quello « titolare », che a proposito del preteso rappresentato potrebbe risultare equivoco, come meglio si noterà in seguito.

⁽¹¹¹⁾ Per questa terminologia, che si riferisce alla volontà non già del terzo, bensì del dichiarante che dà luogo all'affidamento, cfr. MOSSA, *Op. ult. cit.*, pp. 111, 132 ss., e SOTGIA, *Op. ult. cit.*, pp. 310 ss.

⁽¹¹²⁾ Del resto in questo senso CALAIS-AULOY, *Op. cit.*, pp. 21-59, risolvendo i problemi suscitati da SOTGIA, *Op. cit.*, p. 304, e MOSSA, *Op. loc. ult. cit.*

gamento con il soggetto cui conviene riferire gli effetti di una stipulazione altrimenti invalida ⁽¹¹³⁾.

Ora, è già sin troppo evidente che precisamente l'*esistenza* del « collegamento » denuncia qualcosa di concreto, quel qualcosa di concreto che, se qualifica alcune situazioni suscettibili di integrare un determinato fenomeno di apparenza, al tempo stesso le trasferisce — si potrebbe dire — sul piano del reale, sul piano dei rapporti di fatto ⁽¹¹⁴⁾. Ma questa è apparenza, appunto, o realtà giuridica? Prima di sciogliere il nodo (ammesso che valga la pena di scioglierlo... ossia di spostarlo a livello di teoria generale) ⁽¹¹⁵⁾, vorrei riportarmi al compito più modesto, ma forse più utile, che queste note si propongono, e chiarire con quali aspetti peculiari, e in quale misura, quei motivi di senso comune, e perciò stesso intuitivi, che si è cercato di svolgere sinora in termini generali, trovano riscontro quando la c.d. situazione apparente riguarda un (preteso) potere di rappresentanza, o meglio — secondo la terminologia che si è suggerita come più adeguata

⁽¹¹³⁾ Solo parzialmente analogo il ragionamento di BESSONE, *Op. cit.*, pp. 378-80, il quale, pur respingendo il principio della colpa per l'applicabilità dell'art. 1433 cod. civ., con il richiamarsi al principio sostanzialmente equivalente (sotto il profilo qui considerato, che è di contestazione del ricorso ai meccanismi dell'illecito extra-contrattuale) della responsabilità oggettiva, viene a confliggere da un lato con la conseguenza tipica prevista dalla norma (la produzione degli effetti del contratto), dall'altro con l'estensione di essa, che non pare condizionata (come sostenuto dal B.) da un comportamento del dichiarante, o dall'imputabilità allo stesso della scelta del mezzo di trasmissione della volontà.

⁽¹¹⁴⁾ Questo fenomeno era, in sostanza, presente al MOSSA, quando egli distingueva categoricamente tra « *apparenza della dichiarazione* » nell'ambito della teoria dell'apparenza giuridica da un lato, e il vero fondamento della propria costruzione cambiarla dall'altro, ossia la « *dichiarazione di apparenza* » (*Op. cit.*, p. 117).

⁽¹¹⁵⁾ Che solo situazioni di fatto possano fondare fattispecie di apparenza è osservazione intuitiva (già di WELLSPACHER, *Vertrauen auf äussere Tatbestände im b. R.*, Wien, 1906; ora in FALZEA, *Op. cit.*, p. 687); ma si tratta appunto di stabilire quando i fatti abbiano il carattere della « trasparenza », e quando quello (autonomamente rilevante) della « opacità ». (Cfr., sopra, alla nota 105).

La stessa alternativa tra procura apparente e procura tacita (così tormentata presso gli studiosi dell'apparenza: CALAIS-AULOY, *Op. cit.*, pp. 76, 82) si risolve in un senso o nell'altro a seconda degli indirizzi generali seguiti nell'ambito di quella problematica.

ai problemi in trattazione — quando la c.d. situazione apparente riguarda un conferimento di potere di gestione, o comunque l'esistenza del potere medesimo, e ne dipenda quindi l'efficacia di una gestione rappresentativa altrimenti priva di legittimazione.

C) Il fatto è che non è possibile ricostruire adeguatamente i fenomeni in esame senza soffermarsi su due componenti critiche, che li condizionano profondamente. Questi punti di riferimento, allo stato delle cose ineliminabili da qualsiasi discorso sulla rappresentanza e la gestione, sono la procura e la pubblicità: che toccheremo muovendo dal presente contesto della rappresentanza apparente.

α) Al tempo stesso, due sono anche le caratteristiche che, combinandosi, rendono a mio avviso del tutto peculiare l'ipotesi della rappresentanza apparente a fronte di altre fattispecie di apparenza:

a) In primo luogo, la rappresentanza comporta un rapporto tra due soggetti (rappresentato e rappresentante) ⁽¹¹⁶⁾ anziché una situazione unisoggettiva (o più specificamente la titolarità di un diritto soggettivo, come normalmente accade) ⁽¹¹⁷⁾: non vi è quindi un titolare apparente contrapposto a un titolare reale, e d'altro canto quest'ultimo, che sarebbe l'unico legittimato reale al negozio viziato, lo sarebbe comunque a titolo diverso rispetto al legittimato apparente, che figura essere soltanto, appunto, un rappresentante; in altre parole, se la situazione apparente fa capo a due soggetti ponendoli in una certa relazione fra loro, la situazione reale è puramente negativa, risolvendosi nell'inesistenza di quella presunta relazione. Sotto questo profilo, le

⁽¹¹⁶⁾ Ciò è stato in parte messo in ombra dalla considerazione preminente che si è dovuta dare alla procura come dichiarazione, restando incerte e non approfondite le conseguenze in termini di apparenza del fenomeno relazionale messo in rilievo nel testo. Si vedano al riguardo SOTGIA, *Op. cit.*, pp. 87 ss., e OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva nel negozio giuridico*, Bologna, 1943, pp. 149 ss. Un accenno alla distinzione tra situazione unisoggettiva e plurisoggettiva in BRACCO, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Padova, rist. 1966, a p. 315.

⁽¹¹⁷⁾ FALZEA, *Op. cit.*, p. 691.

differenze rispetto alle situazioni unisoggettive tipiche (quali quelle dell'erede apparente, del creditore apparente ecc.) sono nettissime; e altrettanto sostanziali, anche se meno evidenti, sono le differenze rispetto ad altre fattispecie relazionali (quali il matrimonio putativo, il mandato apparente ecc.)⁽¹¹⁸⁾.

b) In secondo luogo, l'accertamento da parte dei terzi della situazione giuridica reale (di inesistenza della rappresentanza) è, astrattamente, sempre possibile, almeno nel senso che sin dall'origine i terzi sono avvertiti — dalla natura stessa dell'istituto rappresentativo — dell'esistenza di un soggetto (il preteso rappresentato) dal quale dipende l'eventuale effettiva legittimazione del rappresentante apparente, ed al quale, al limite, può in ogni caso essere richiesta (anche indipendentemente da ogni forma di pubblicità, o di documentazione esibita dal rappresentante, ossia di notificazione o pubblicazione) la diretta conferma della sussistenza o meno del potere di gestione. Anche sotto questo profilo, le differenze rispetto alle ipotesi dell'erede apparente o del creditore apparente sono senz'altro rimarchevoli, posto che in questi casi il terzo spesso non ha nessun motivo di supporre che possa esservi un titolare reale diverso da quello che si comporta e gli appare tale (art. 534 cod. civ.) in base a circostanze univoche (art. 1189), ed in genere infatti non ne sospetta neppure l'esistenza, laddove nel caso della rappresentanza il terzo necessariamente acquisisce l'informazione che esiste un titolare reale

⁽¹¹⁸⁾ Basti considerare che in queste ultime fattispecie l'efficacia — o l'ultrattività — del rapporto apparente è predisposta in favore di chi, in buona fede, è parte del rapporto stesso (salvo il regime tutto particolare stabilito per i figli in caso di matrimonio putativo: art. 128 cod. civ., la cui *ratio* è stata d'altronde ravvisata in un accentuato carattere di socialità: PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, 1, *La pubblicità in generale*, Milano, 1957, p. 30; JEMOLO, *Il matrimonio*³, in Trattato Vassalli, Torino, 1957, p. 185; e si pensi inoltre all'effetto integralmente convalidante della coabitazione rispetto alla revoca della procura ignorata dall'altro coniuge al momento della celebrazione — art. 111 cod. civ. — o rispetto al matrimonio contratto per violenza o errore — art. 122 cod. civ.). Quanto alla c.d. società apparente, si è già accennato in precedenza alla peculiarità della fattispecie, che ne rende incerta la stessa configurabilità.

del diritto oggetto del negozio gestorio, ed ha quindi per così dire un punto di riferimento esterno suscettibile di togliere giustificazione al suo affidamento, in quanto utilizzabile (pur se talvolta solo in linea teorica, come vedremo) ai fini dell'accertamento della situazione giuridica reale ⁽¹¹⁹⁾.

Da un lato, è quindi più che mai evidente che sarebbe assurdo imporre conseguenze pregiudizievoli a carico di un perfetto estraneo ⁽¹²⁰⁾, in ipotesi del tutto inconsapevole di quanto un *falsus procurator* venisse compiendo, abusando del suo nome ⁽¹²¹⁾; dall'altro lato, e conversamente, non vi sarebbe motivo

⁽¹¹⁹⁾ Queste considerazioni sarebbero da sole sufficienti a giustificare l'inapplicabilità dell'art. 1189 cod. civ. (pagamento al creditore apparente) al caso del pagamento effettuato invece al *falsus procurator*, che non può avere lo stesso effetto liberatorio e ricade quindi nella disciplina dell'art. 1188; che anche in tal caso il debitore (pur non essendo il *falsus procurator* legittimato a ricevere) possa evitare di adempiere nuovamente la prestazione è ammissibile in base a circostanze e principi del tutto diversi, non esclusi (a parte l'eventuale responsabilità extracontrattuale del creditore in colpa) quelli attinenti alla rappresentanza in generale, secondo i criteri che andiamo esaminando: ma certo non in applicazione dell'art. 1189. (Cfr. Cass. 25 febbraio 1953, n. 457, in *Riv. dir. commerc.*, 1953, II, 118; MENGONI, *Ancora in tema di pagamento al falsus procurator*, cit., *ivi*; *contra*: GIORGIANNI, voce « *Creditore apparente* », in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, pp. 1156 ss.; SANTINI, *La vendita per filière*, Padova, 1951, p. 76, ma con specifico riguardo, se non erro, al caso di girata su titoli, sia pure impropri). E considerazioni analoghe sembrano applicabili, significativamente, ad un'altra ipotesi di legittimazione anomala. « L'acquirente a non domino è protetto in ragione della sua qualità di terzo rispetto al dominus. In linea di principio, è perciò esclusa la tutela degli acquirenti di buona fede da un rappresentante senza potere del dominus »: così MENGONI, voce « *Acquisto 'a non domino'* », cit., pp. 250-251. È evidente che il motivo per cui si ha legittimazione apparente del non dominus, ma non del *falsus procurator* del dominus (ovviamente con riguardo al principio qui in giuoco) è che nel primo caso può non esserci quella possibilità di controllo da parte del terzo di media diligenza, che è invece immanente nel secondo caso per la natura stessa del rapporto dichiarato.

⁽¹²⁰⁾ Tali non possono essere considerati, in relazione ai diritti menomati da uno pseudo titolare, il creditore o l'erede effettivo, rispetto a quelli apparenti: le circostanze contemplate dagli artt. 1189 (di cui si è detto sopra) e 534 cod. civ. (esaurientemente illustrate da CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, Milano, 1961, pp. 247 ss.) comportano un collegamento non meramente accidentale tra la situazione di titolarità effettiva e la possibilità di instaurarne una apparente.

⁽¹²¹⁾ È pertanto intuitivo che la salvaguardia debba valere anche nel caso, ad es., della falsità di firme su cambiali e assegni (art. 7 l. camb.; art. 10 l. ass.); e persino nel caso di firme di rappresentanti senza potere (rispettivamente, art. 11

di tutelare l'interesse del terzo contraente anteponendolo a quello del preteso rappresentato, se è vero che il terzo, stipulando con un rappresentante, è per ciò stesso in condizione non solo di sapere che il *dominus* del negozio non si identifica con l'interposto, ma anche di prospettarsi quanto meno l'eventualità che quest'ultimo agisca senza legittimazione, o con una pseudo legittimazione: dal che un indubbio onere di accertamento a carico del terzo, commisurato alla normale diligenza (arg. ex art. 1431), e rilevabile indirettamente anche dal disposto dell'art. 1398, che, per la realizzazione degli effetti ivi previsti, gli richiede di avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto⁽¹²²⁾.

Salvi i correttivi che vedremo subito, questo onere di accertamento, che ha come punto di riferimento estremo ma immanente la volontà del gerito, condiziona in realtà l'atteggiamento tradizionale con riguardo a tutti gli aspetti della rappresentanza, comportando fra l'altro a livello psicologico prima ancora che sistematico un radicale disfavore nei confronti dell'ammissibilità della tutela di « apparenze » che non possano ricondursi direttamente al fatto colposo del controinteressato: quasi che, insieme all'apparenza pura, anche l'apparenza qualificata dall'esistenza di un collegamento con la sfera del preteso rappresentato dovesse in ogni caso essere neutralizzata dalla constatazione che, se il terzo ha fatto affidamento in un rappresentante senza potere (che potrà essere comunque responsabile per danni nei suoi confronti) ciò è in ultima analisi riconducibile al

e art. 14): pur se in queste ultime ipotesi, come è noto, il diritto cambiario deroghi al diritto comune comportando l'obbligazione del preteso rappresentante. E, sempre in queste ultime ipotesi, si verifica quel passaggio (che osserveremo a più riprese) alla più accentuata tendenza di protezione del traffico rilevata dal BICIAVI, *I vizi della volontà nella dichiarazione cambiaria*, Merano-Milano, 1943, pp. XI-XII (non vidi; ma ricavo il riferimento apud lo stesso BICIAVI, *Difesa ecc.*, cit., p. 261, nota 9).

(122) E si noti che tale situazione di affidamento del terzo è richiesta in questa sede ai soli fini di rendere responsabile del risarcimento del danno il rappresentante senza potere, restando sotto questo profilo impregiudicato il problema dell'eventuale responsabilità del preteso rappresentato, vuoi attraverso l'efficacia del negozio vuoi attraverso altra sanzione.

fatto che, dopo tutto, è stato omesso da parte sua il solo procedimento di controllo che non lasci residui di dubbio, ossia proprio quello presso il presunto rappresentato (¹²³).

Naturalmente nessuno ignora che l'idea stessa di rappresentanza è basata sull'esigenza che taluni negozi siano compiuti da un interposto precisamente quando il rappresentato non può parteciparvi direttamente, e per lo stesso motivo non può quindi, in genere, essere neppure interpellato. Pertanto le conseguenze estreme del ragionamento sopra svolto ai limiti di una logica avulsa dalla realtà, non possono in effetti emergere ed essere prospettate in quegli stessi termini, e dovrebbero essere estranee al sistema. Dico però che, al fondo della concezione che ha ispirato il sistema stesso e che continua a tradursi nel diritto vivente, vi è un costante pur se sotterraneo riferimento non solo al volere dell'interessato, ma anche alle manifestazioni di questo volere da lui stesso provenienti (¹²⁴) in forma quanto più possibile esplicita, inequivoca e *diretta* (¹²⁵), come se solo con riluttanza, e quasi sottintendendo che si tratta di cattivi surrogati, ci si adattasse ad ammettere quei controlli necessariamente *indiretti* (cioè non effettuati presso il rappresentato, normalmente non raggiungibile) attraverso i quali l'istituto della rappresentanza può in pra-

(¹²³) Sulle non infrequenti situazioni di dubbio, o incertezza obiettiva, dovremo tornare con ulteriori considerazioni.

(¹²⁴) Sulla successione logica dei vari momenti costitutivi della dichiarazione di volontà, e della sua formulazione, emissione, e notificazione, v. PUOLIATTI, *La trascrizione*, cit., pp. 367-8.

(¹²⁵) Con ciò non si vuole alludere al problema (che prescinde anche da quello della recettività) della direzione della dichiarazione ad un destinatario (OPPO, *Note sull'istituzione di non concepiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 66, 78), che potrebbe comunque essere il rappresentante, ma alla possibilità di (diretta) presa di conoscenza di essa da parte del terzo: e cioè all'altro problema, pure identificato da OPPO. *ibid.*, p. 81, come quello dell'esposizione o accessibilità della dichiarazione, attraverso una gradazione che va dalla mera reperibilità alla pubblicità. Né è forse senza significato che l'aspetto della « accessibilità » sia stato esaminato anche da uno studioso dell'agenzia quale lo SCHMIDT-RIMPLER, *Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrecht*, in *Arch. f. d. civ. Praxis*, 147 (1941), 130, 147-49, 173 ss., nel contesto di un'analisi dei rapporti fra fattispecie tipiche e anomale nella formazione del vincolo contrattuale.

tica assolvere veramente la sua funzione; e in conseguenza di tutto ciò escludendo, tendenzialmente, la rilevanza di manifestazioni o situazioni di carattere oggettivo ⁽¹²⁶⁾, ai fini del riconoscimento dell'esistenza di un potere di gestione rappresentativa.

β) È da questo nucleo di « intenzioni » che si svolge, con i contemperamenti che ci sono familiari, il sistema della rappresentanza nelle forme del diritto civile (artt. 1387-1399 cod. civ.). A fronte dell'implicito carattere esclusivo di fonte del potere rappresentativo attribuito alla procura (concepita normalmente come documento — cfr. artt. 1393, 1397 — talvolta vincolato a determinate forme — cfr. art. 1392) ⁽¹²⁷⁾, il sistema dischiude appena qualche spiraglio là dove si limita a richiedere al terzo contraente (attribuendogliene anzi la facoltà e non l'obbligo) di rilevare presso il rappresentante la giustificazione dei suoi poteri, contemplando altresì l'ipotesi che questi non risultino da atto scritto (art. 1393); è questa la più ovvia ed esplicita apertura nel senso di quel controllo soltanto indiretto di cui si diceva prima; ma il valore della norma resta tutto circoscritto alla parificazione, appunto, del controllo indiretto a quello diretto (improbabile ed inesigibile); essa è invece inutilizzabile per allargare la tutela dell'affidamento sul piano negoziale, tanto è vero che l'eventuale attuazione da parte del terzo del controllo richiesto — anche escludendo che si tratti di un necessario adempimento di onere cui sia rigorosamente subordinata l'assenza di colpa al limitato fine contemplato dall'art. 1398 ⁽¹²⁸⁾ — non è mai stata considerata, e certo non sarebbe di per sé, determinante per attribuire efficacia ad una gestione viziata dal mancato conferimento dei relativi poteri.

⁽¹²⁶⁾ Sullo stesso aspetto, con riguardo alle dichiarazioni in generale, SCHMIDT-RIMPLER, *Op. ult. cit.*, pp. 195-6.

⁽¹²⁷⁾ In questo caso con carattere di elemento essenziale della fattispecie legale dell'atto di conferimento: cfr. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 368.

⁽¹²⁸⁾ In tal senso, energicamente, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, rist., 1961, pp. 200, 204.

In altre parole, il rischio dell'invalidità del negozio resterebbe, anche in caso di comportamento diligente, a carico del terzo (salve le attribuzioni risarcitorie) in un sistema che nel suo nucleo ignorasse, in quanto non proveniente dalla volontà dell'interessato, il potere rappresentativo c.d. apparente, ed al quale si potessero prestare, tutt'al più, ipotesi di rappresentanza tacita, presunta, di tolleranza, ossia varianti descrittive empiricamente utili (¹²⁹), ma inidonee per definizione ad estrarre, dalla matrice concettuale che stiamo mettendo alla prova, più di quanto non sia già contenuto nella delimitazione originaria della fattispecie (¹³⁰).

In queste ultime parole, tuttavia, è forse racchiuso il nodo problematico al di là del quale si allineano le forme di gestione che ci siamo proposti di inquadrare in un'analisi comprensiva.

Ritengo che si possa indicare nella circostanza dell'*affinità* (¹³¹) tra diversi stati di fatto, implicitamente (*rectius*: presuntivamente) o esplicitamente regolati in modo analogo dal diritto, il punto di partenza dal quale muovono ogni teorica ed ogni sistema positivo di tutela dell'affidamento, che attraverso ipotesi successive (¹³²) di riconoscimento legale o di predisposizione di

(¹²⁹) Ma tali da portare in genere ad una gradazione, o meglio ad una progressiva degradazione, dalla volontà, e quindi dall'efficacia negoziale, alla colpa, e quindi alla responsabilità extra-negoziale, secondo la fenomenologia già ripetutamente considerata: cfr. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giur. di dir. priv.*, Torino, 1949, p. 258, nota 13.

(¹³⁰) Questo punto risulterà più ampiamente illustrato ed approfondito in termini (cfr. *infra*) di equipollenza, o parziale equipollenza, delle fattispecie, su cui v. intanto PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, pp. 11, 19-20; *Id.*, voce « *Autoresponsabilità* » cit., a p. 464; *Id.*, *La trascrizione*, cit., a p. 253; SACCO, *La buona fede ecc.*, cit., a pp. 56, 259; ed anche sviluppando taluni spunti dello stesso SACCO, *Op. ult. cit.*, p. 53, nota 2, sulla definizione dei fenomeni giuridici per elementi intrinseci, piuttosto che per relazione rispetto ad altri fenomeni giuridici simili, ma « giusnaturalisticamente » più tipici (*ibid.*, p. 57, nota 16). Cfr. avanti, nota 191.

(¹³¹) Così, sostanzialmente, PUGLIATTI e SACCO, cit. alla nota precedente, pur divergendo per qualche aspetto sul ruolo della buona fede, dal primo considerata assorbita del fenomeno giuridico dell'apparenza (*La trascrizione*, cit., p. 258).

(¹³²) PUGLIATTI, *Op. ult. cit.*, pp. 217 ss., *passim*.

mezzi (e così di stati di fatto) (¹³³) idonei a procurare, o a fare presumere, la conoscenza della realtà, o a surrogarla, finiscono talvolta per approdare (senza soluzione di continuità, o almeno senza che si possa chiaramente tracciare la linea di confine) all'equiparazione, talvolta anche sul piano del diritto positivo, della mera apparenza con l'inesistente realtà da quella illusoriamente manifestata: passando cioè da un fenomeno di identificazione o di equivalenza o persino di suddistinzione — con effetti parzialmente diversi — delle fattispecie (confuso, com'è già stato del resto rilevato, con un principio di apparenza) al ben diverso fenomeno della tutela dell'apparenza *per sè* (¹³⁴): quest'ultimo peraltro ristrettissimo, in quanto riscontrabile, invero, solo dove manchi appunto ogni aggancio di fatto, ossia dove nella realtà che dà luogo alla mera apparenza di una situazione giuridica (dalla quale ultima si pretende desumere la disciplina applicabile) non si rifletta in alcun modo un'affinità o legame intrinseco (non tanto tra la situazione reale e quella irreale, quanto) tra *le due situazioni reali* (quella effettiva ma ignota, e quella produttiva di apparenza che a sua volta ne manifesta soltanto, falsamente, una inesistente (¹³⁵), quando non riveli esclusivamente se stessa, come accade delle situazioni palesi ed opache) (¹³⁶). È

(¹³³) Richiamo gli sforzi per ricondurre l'apparenza agli stati di fatto (da parte di MOSSA e SORGIA) ricordati sopra, alle note 99 e 114.

(¹³⁴) Per vero (e su posizioni più avanzate e precise di quelle rievocate alla nota precedente), il fenomeno dell'apparenza viene esattamente distinto dal « principio dei fatti equivalenti » dal FALZEA, voce « Apparenza », cit., a p. 699, che lo ricollega piuttosto, come si era già notato, ad un meccanismo di errore sanante (rovesciato rispetto a quello, più consueto e conosciuto, dell'errore invalidante).

(¹³⁵) Fra le due situazioni vi è, al più, come si accennava *supra*, a nota 120, un legame non già intrinseco, (e quindi con aspetti di *equivalenza*), bensì estrinseco, ossia di mera possibilità di instaurazione della situazione apparente accanto a quella effettiva (e quindi con aspetti di *antitesi* rispetto ad essa).

(¹³⁶) Si aggiunga che si è verificato talvolta un procedimento ulteriore e « di ritorno », per cui si è finito per assimilare ad una situazione tutelabile sulla *ratio* dell'apparenza una situazione reale ma non apparente (ovvero non palese, bensì occulta), intrinsecamente non suscettibile di tutela a favore dei terzi, o eventualmente suscettibile di tale tutela per motivi diversi da quelli volta a volta adottati o criticati a fondamento di essa. Tale è indubbiamente, come vedremo, la vicenda e la portata

naturale che il diritto dia rilievo solo rarissimamente a questo tipo di fenomeni (¹³⁷).

Ritengo altresì che la gamma di ipotesi così delineata possa trovare significativo riscontro, da un lato, proprio nelle disposizioni dell'art. 1396 e nella relativa problematica della c.d. procura apparente; dall'altro lato, nella disciplina della rappresentanza commerciale (*rectius*: delle speciali forme di rappresentanza nelle imprese, cui rinvia l'art. 1400), che considereremo nelle sue grandi linee a conclusione di questa parte del nostro discorso.

Non vi è dubbio che, sulla scorta dell'art. 1396, si introduce nel sistema un potere di gestione rappresentativo che ha cessato di far capo alla volontà attuale del gerito, avendo questi provveduto a revocarla o modificarla. Sotto questo profilo, dunque, nessuna affinità vi è tra l'una e l'altra situazione reale: quella in cui il conferimento è venuto meno, e quella (su cui si innesta la tutela) in cui lo stato di fatto di mancata conoscenza (*scil.*: conoscenza legale o effettiva) della revoca del conferimento comporta la persistenza affatto illusoria di quest'ultimo; si tratta di due situazioni diverse, anzi obiettivamente opposte e senza collegamento (salvo per la circostanza che un conferimento vi era pur stato antecedentemente; ma su ciò dovrò fare qualche commento in seguito). Tuttavia nella realtà giuridica il potere di gestione si mantiene, appunto, efficace, producendo *lo stesso tipo di conseguenze negoziali* della fattispecie perfetta (così che in questo senso non si configura una fattispecie autonoma), peraltro soltanto rispetto a quei terzi che hanno potuto confidare nella presenza di un elemento della fattispecie che è invece ormai venuto

del principio dell'*undisclosed principal*, e non dissimili, sotto questo profilo, sono le situazioni (di « agire interno ») contemplate ed esattamente inquadrate da OPPO, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, cit., a p. 145 (nonchè dagli scritti di GALGANO, richiamati, *ivi*, alla nota 104). Cfr. avanti, nota 223.

(¹³⁷) È invero difficile andare al di là degli esempi, stabiliti *per tabulas*, dell'erede e del creditore apparente, senza inoltrarsi su di un terreno irto di controversie: così per l'ultrattività del mandato e della procura; così, data la problematica accennata alla nota 118, per le questioni attinenti il vincolo matrimoniale putativo.

meno (così che in questo senso si manifesta l'azione sanante parziale dell'errore, tipica nella costruzione corrente dell'apparenza) ⁽¹³⁸⁾.

Se l'art. 1396 è dunque, sotto qualsiasi profilo si voglia considerarlo, una breccia in quella specie di rigida partita doppia del rapporto gestorio rappresentativo che è impostata sulle voci *conferimento* e *potere*, quando si volesse cercare di ricondurlo ad uno dei principî di giustificazione di cui abbiamo individuato un'estesa gamma, occorrerebbe riconoscere — se sono valide le considerazioni fatte — che in esso opera *non solo la ragione politica ma altresì il meccanismo tecnico dell'apparenza*, in contrapposto alla configurazione, suggerita da certa dottrina, di una « situazione reale » integrantesi in un preteso perdurante conferimento di potere ⁽¹³⁹⁾. Abbiamo già rilevato come la « concretezza » di quest'ultima tesi si risolva in un'impostazione esclusivamente formalistica ⁽¹⁴⁰⁾; possiamo ora aggiungere che essa non è compatibile con la struttura stessa della disciplina attuata dall'art. 1396 (e già, del resto, dall'art. 1759 cod. civ. 1865), incentrata sull'inopponibilità ai terzi, che non siano stati messi in condizione di conoscerle, delle modifiche intervenute nella situazione ⁽¹⁴¹⁾.

⁽¹³⁸⁾ La costruzione è puntualmente delineata da FALZEA, *Op. cit.*, pp. 698-99.

⁽¹³⁹⁾ Ed è infatti con uno scoperto artificio che il NICOLÒ, *La c.d. procura apparente*, cit., era stato costretto a rovesciare il rapporto apparenza-buona fede in un rapporto realtà-mala fede. Il SANTORO-PASSARELLI, *Responsabilità del fatto altrui ecc.*, pur avendo percepito e criticato lo scambio tra buona e mala fede, aveva rinunciato a riusare il corrispondente scambio tra apparenza e realtà, fermandosi inspiegabilmente a mezza strada (*ivi*, pp. 1099, nota 10, e 1102). Eppure il RECELSBERGER aveva da tempo segnalato (seppur nel contesto di una valutazione del possesso, che nel sistema tedesco dell'acquisto della proprietà ha un rilievo sintomatico) l'assurdità di un potere che si dissolve di fronte alla mala fede altrui, o più in generale di una asserita legittimazione reale che sia tale solo di fronte all'altrui buona fede: « Kann man noch von einer Rechtsmacht sprechen, wenn sie vor dem schlechten Glauben einer anderen Person zerfließt wie die Butter an der Sonne? » (*Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten*, in *Jher. Jahrb.* 47 (1904), 339, a pp. 356 ss., 363).

⁽¹⁴⁰⁾ *Supra*, a p. 288.

⁽¹⁴¹⁾ Fra l'altro, per togliere efficacia sul piano pratico alla procura revocata, eliminandone nella più larga misura possibile l'asserita consistenza reale, il NICOLÒ,

Che non possa trattarsi di una vera e propria situazione reale di perdurante procura (¹⁴²), ossia di ultrattività del potere conferito e poi revocato, mi sembra discendere, in altre parole, dal fatto che (salva la tutela dei soli effetti giuridici collegati all'affidamento del terzo) la validità del negozio non potrebbe certo essere invocata da nessun soggetto che non versasse in quel certo stato di errore sanante di cui si è detto; ciò è vero, in particolare, oltre che per il preteso rappresentante, per lo stesso *dominus* del negozio, che volesse in ipotesi continuare a profittare della procura da lui revocata, nei confronti dei terzi all'oscuro della revoca (¹⁴³): questa possibilità, che conseguirebbe logicamente dalla « conservazione » della situazione « reale » (¹⁴⁴) creata con il conferimento, non è invece autorizzata dal meccanismo (di semplice inopponibilità del difetto attuale di procura) contemplato dall'art. 1396. Il caso or ora prospettato è improbabile, e quindi il

Op. ult. cit., c. 568, ha dovuto sostenere la necessità del ricorso ai principî ed alle forme della notificazione pubblica (di cui né il codice civile 1865, né quello attuale, parlano; anche oggi, del resto, i « mezzi idonei » richiesti dall'art. 1396 vanno posti in relazione con le forme attraverso cui viene reso noto il conferimento della procura, a loro volta svincolate da ogni regola di pubblicità; altro discorso si deve fare, e si farà, per la rappresentanza commerciale). È vero che anche PUCLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 320, ricollega all'art. 1396 la notificazione pubblica: ma intendendo quest'ultima in senso affatto diverso, e cioè distinguendola nettamente dalla pubblicazione (*ivi*, pp. 362, 375 ss.), ossia richiedendo (anziché la notificazione ad una pluralità) proprio quella notificazione individuale (anche se unica) a più soggetti, che il NICOLÒ ritiene invece evitabile. La costruzione può lasciare perplessi, ma si colloca comunque al di fuori di quella configurata da quest'ultimo autore. Paradossalmente, situazione *reale* è invece quella della c.d. *apparent authority in common law*, per motivi che vedremo connessi alla necessaria recettività *da parte del terzo* del conferimento e della revoca di tale tipo di *authority*.

(¹⁴²) Sarebbe piuttosto possibile sostenere che si tratta bensì di una situazione reale, ma nuova e diversa rispetto a quella preesistente, riportandosi cioè sul terreno delle fattispecie equivalenti (in quanto si possa rinvenire quello che avevamo definito un aggancio di fatto, identificabile nel caso specifico — secondo gli accenni già fatti, e che verranno ripresi — nel conferimento iniziale). Ma su ciò più oltre (nota 192).

(¹⁴³) Sostanzialmente conforme OFFO, *In tema di « invalidità » delle deliberazioni del consiglio di amministrazione delle società per azioni (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. società*, 1967, 921, a p. 936.

(¹⁴⁴) Secondo l'espressione usata da SANTORO-PASSARELLI, *Op. ult. cit.*, p. 1107, nota 14.

problema è rimasto in ombra per questa ragione, e forse anche perché, a mio avviso, l'esecuzione del negozio potrebbe bensì essere pur sempre richiesta dal *dominus* nei confronti del terzo ignaro (e tale, si intende, al momento della stipulazione; non necessariamente in seguito), ma l'iniziativa assumerebbe allora il valore di una ratifica della precedente gestione senza potere⁽¹⁴⁵⁾: in pendenza (e in dipendenza) di ciò, sarebbero pertanto applicabili le disposizioni dell'art. 1399, e in particolare quelle del secondo e terzo comma⁽¹⁴⁶⁾.

Ho voluto indugiare su taluni aspetti, anche di dettaglio, della disciplina ricavabile dall'art. 1396 cod. civ., perché in essa emergono a livello di regolamentazione positiva, o si precisano concettualmente, i motivi chiave che possono segnare il passaggio da una nozione ristretta di rappresentanza « derivata » dalla procura ad una più ampia (*rectius*: diversa) di potere di gestione, e ciò alla stregua di un'alternanza dialettica fra apparenza ed equivalenza delle fattispecie di cui, dopo la ricognizione effettuata del primo termine (in sede di analisi degli effetti della revoca della procura), dovremo ora sottolineare il rilievo del secondo (in sede di valutazione, limitatamente a questo profilo, delle forme di rappresentanza nell'impresa).

γ) La « rappresentanza » nell'impresa si presenta, naturalmente, come l'espressione più cospicua di una nozione di « gestione » tendente a svilupparsi al di là di quel nucleo di elementi costitutivi che opera pressoché tassativamente nella rappresentanza di diritto civile⁽¹⁴⁷⁾; nelle imprese non solo commer-

(145) E il meccanismo ricorderebbe (per il suo carattere di sanatoria preventiva, fatte salve le peculiarità dei diversi istituti) quello di convalida *ex art.* 1444. Considerazioni del tutto analoghe anche in SEAVEY, *Handb. of the Law of Agency*, cit., p. 15.

(146) Accenni anche in questo senso in OPPO, *Op. loc. ult. cit.*; e più in generale sul rilievo delle situazioni di pendenza cfr. Franc. ROMANO, *La ratifica ecc.*, cit., pp. 13 ss., 32 ss., *passim*.

(147) In effetti, storicamente e cronologicamente, come abbiamo visto, è l'idea di rappresentanza isolata e autonoma rispetto ad un'organizzazione che costituisce una riduzione a fronte della multiforme realtà del fenomeno gestorio sul piano organiz-

ciali, ma anche agricole (art. 2138 cod. civ.), oltre che nelle attività tecniche e commerciali connesse all'esercizio della navigazione (artt. 287 ss., 295, 306 ss., 880 ss., 887, 892 cod. nav.), la legge ha configurato un congegno variamente articolato quanto al fenomeno del potere di gestione, e ciò sia in termini di formazione e « diffusione » del potere stesso in capo a diverse figure, e di gradazione dell'efficacia rappresentativa attiva e passiva, sia in termini di pubblicità o manifestazione in senso lato dell'esistenza, dei limiti e dell'estinzione del potere, prefissando in sostanza una serie di contrappesi intesi ad operare nel senso di precisare, delimitare ed attenuare quell'onere di accertamento da parte dei terzi che avevamo individuato essere, a tutto scapito della sicurezza dei traffici (¹⁴⁸), alla base del sistema della rappresentanza, come riflesso delle concezioni qui vagliate criticamente, e quindi come punto di inerzia o, al più, di partenza rispetto ai necessari svolgimenti ulteriori, di preminente rilievo appunto in sede di esercizio di impresa.

Le forme di rappresentanza nell'impresa, là dove più si discostano dalla diretta verifica di una rigida corrispondenza tra conferimento e potere, fanno capo infatti a due strumenti, entrambi tali da costituire (o da poter costituire: la realtà, invero, è diversa) una plausibile alternativa rispetto allo sfuggente rimedio dell'apparenza ai fini della tutela del traffico, fondando tale alternativa su due serie di fattispecie reali: la pubblicità del registro, e le manifestazioni di preposizione al rapporto organizzativo su cui si innesta il potere gestorio. Queste ultime, tuttavia, di fatto non possono essere sempre univoche (¹⁴⁹), e inoltre, piuttosto che af-

zativo, già noto al diritto romano; ma la ricostruzione concettuale pandettistica stocata nei nostri diritti positivi muove naturalmente dal nucleo civilistico, e tende piuttosto a compiere ora cautamente il cammino inverso.

(¹⁴⁸) Tuttavia è incontestata l'opportunità (segnalata nell'ormai classico studio di EHRENBERG, *Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit, mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister*, in *Jehr. Jahr.*, 47 (1904), 273) di privilegiare appunto la *Verkehrssicherheit* rispetto alla sicurezza delle situazioni di diritto.

(¹⁴⁹) Come già preannunciato a nota 123, il discorso sulle situazioni di incertezza obiettiva dovrà essere svolto più avanti. Cfr., per vero, *infra*, alla nota 184.

fiancarsi, in certo modo si subordinano, assai più di quanto non sembri a prima vista, alle risultanze della pubblicità e questa, da parte sua, per le imprecisioni e le incertezze che ne contraddistinguono le linee ispiratrici e il meccanismo di attuazione (come subito vedremo), restandone pregiudicata la piena realizzazione del principio⁽¹⁵⁰⁾, contribuisce a rendere ancora più inadeguato il sistema nel suo complesso, in ordine a quella tutela dell'interesse sociale alla conoscenza dei fatti di gestione, in funzione della quale i relativi strumenti di accertamento prescelti dal legislatore dovrebbero essere posti e, soprattutto, coordinati⁽¹⁵¹⁾.

La corrispondenza alla verità, e l'incidenza sul nostro discorso di quanto ora affermato, trovano agevole riscontro alla stregua non solo dell'osservazione empirica, ma anche dell'analisi delle norme.

Poniamo anzitutto per un momento a confronto il sistema approntato in funzione della rappresentanza nell'impresa con le esigenze emergenti dalle conclusioni raggiunte in tema di revoca della procura nella rappresentanza civile. Mi ero riservato di formulare qualche commento sulla possibilità di prendere in considerazione, come elemento reale presente al fondo di una fattispecie che avevamo dovuto risolvere in termini di pura apparenza, la circostanza del preesistente conferimento del potere; si trattava di un profilo che, benché irrilevante (per quanto si è detto) sul piano tecnico, indubbiamente differenziava la fattispecie del conferimento revocato (o modificato) rispetto alle ipotesi di conferimento inesistente, e quindi di carenza assoluta di un collegamento tra la situazione effettiva e quella produttrice di apparenza⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ La constatazione è anche di PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 432.

⁽¹⁵¹⁾ *Ibid.*, p. 30.

⁽¹⁵²⁾ Ricordo che precisamente in ragione di tale carenza di collegamento, l'eventuale equivalenza di effetti fra due situazioni, nella misura consentita dalla normativa ad esse inerente, si riallaccia alla natura apparente anziché reale della surrogazione. Non dissimile nella sostanza, pur se ottenuto con altri mezzi, il quadro tracciato da SACCO, *La buona fede ecc.*, cit., pp. 53-70.

Se, nondimeno, il fenomeno restava e resta sul piano di queste ultime ipotesi — e cioè delle fattispecie apparenti ⁽¹⁵³⁾ — ciò è dovuto essenzialmente ad un motivo: per vero, non tanto rileva il fatto (pure, in sé, preclusivo della costruzione reale del fenomeno) che la revoca o la modifica non comportano necessariamente una notificazione pubblica o l'utilizzazione di un impianto pubblicitario, quanto piuttosto (già « a monte », per così dire) il fatto che, ovviamente, *lo stesso conferimento iniziale non si configura in genere come destinato alla conoscenza pubblica* attraverso un impianto pubblicitario o una manifestazione di preposizione, ossia attraverso un procedimento unico ed univoco ⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁵³⁾ Ma devo a questo punto sottolineare categoricamente che questa affermazione, sia con riguardo all'art. 1396, sia più in generale con riguardo a tutta la fenomenologia della c.d. apparenza giuridica, è dal punto di vista sistematico assolutamente provvisoria, legata ad un determinato momento tecnico del nostro ordinamento vigente, e condizionata ad una serie di precisazioni che dovrò fare tra poco su quella che ritengo essere la posizione di « transizione » dell'apparenza giuridica nel quadro di un'evoluzione verso una sistemazione più consapevole della varietà delle fattispecie.

Allo stato delle cose, è tuttavia chiaro che — riprendendo un'osservazione già avanzata precedentemente — mantengono carattere più formalistico le soluzioni proposte in chiave di pretese situazioni reali (in effetti trasposte nel mondo del concreto da quello della dogmatica), che non il riconoscimento della portata attribuita dall'ordinamento a talune situazioni apparenti in funzione di questa loro caratteristica. E aggiungo subito che ciò resterà vero, per la specifica situazione esaminata, finché non si prescindrà affatto, nella costruzione dell'istituto della gestione, da quell'inscindibilità tra *conferimento* (come *procura*) e potere che è oggetto precisamente della presente revisione critica. Ma le conclusioni di questo discorso sono ormai vicine.

⁽¹⁵⁴⁾ Molto significative al riguardo le considerazioni, e quasi le giustificazioni, contenute nella *Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale del libro delle obbligazioni* (1940), n. 260: « Ho aggiunto al testo dell'art. 34 del progetto del 1936, che la limitazione e la revoca della rappresentanza conferita con procura, devono essere portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei (art. 278) [l'art. 225 del Libro delle obbligazioni, e l'attuale art. 1396 cod. civ.]; in modo che, solo in mancanza di questa pubblicità, deve provarsi che i terzi conoscevano la revoca e la limitazione. Ho evitato di prevedere una pubblicità speciale, perché non è prevista per il conferimento né può prevedersene, potendo questo risultare tacitamente. Così l'idoneità dei mezzi scelti dal rappresentato per la notificazione al pubblico della limitazione e della revoca della procura deve essere liberamente apprezzata dal giudice, tenendo conto del caso concreto, e quindi valutando ogni circostanza inerente alle persone e all'oggetto della rappresentanza ». È opportuno rilevare (per taluni riflessi

Il conferimento (la procura) *non può* quindi costituire (salvo i casi eccezionali in cui si ricorra a meccanismi pubblicitari o affini) ⁽¹⁵⁵⁾ una situazione reale tale da sopravvivere ad un semplice provvedimento, anche interno, di revoca o di modifica, che sarà efficace o meno nei confronti dei terzi a seconda della conoscenza effettiva (o legale, in quanto dipendente da mezzi idonei) acquisita da ciascuno di essi, sia per quanto concerne il conferimento, sia per quanto concerne le successive vicende ⁽¹⁵⁶⁾.

Si comprende dunque l'importanza chiave che, per la rappresentanza nell'impresa, avrebbero invece dovuto avere precisamente pubblicità e preposizione.

Ma, anche a prescindere dalle insufficienze della pratica attuazione ⁽¹⁵⁷⁾, già l'analisi sistematica rivela che il coordinamento

che emergeranno in appresso) che tutto ciò esclude anche che la procura abbia carattere recettizio con riferimento alla generalità; conf., da ultimo, BELVISO, *L'istitutore*, cit., p. 367, nota 267. Resta senza rilievo in questa sede, e perciò impregiudicato, il problema della recettività con riferimento ai singoli terzi o al rappresentante. Ulteriori accenni, ma da altro diversissimo punto di vista, *infra*, alla nota 187.

Ricordo infine, per sottolineare il carattere tecnico delle differenze tra rappresentanza civile e rappresentanza nell'impresa, su cui dovremo ora intrattenerci, che tutto questo meccanismo si applica anche alla rappresentanza nella società semplice (art. 2266, che richiama espressamente l'art. 1396) in funzione della non iscrizione di tale tipo di società nel registro delle imprese; ed anche, quindi, alle società irregolari (art. 2297: peraltro con la presunzione di rappresentanza introdotta dal secondo comma di tale norma, in funzione sanzionatoria rispetto al mancato assolvimento dell'obbligo di iscrizione). Cfr. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., pp. 320, 448.

⁽¹⁵⁵⁾ E sulla delicata classificazione di tali meccanismi cfr. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 359.

⁽¹⁵⁶⁾ Si confronti, per la diversa situazione in *common law*, pur in totale assenza di un sistema pubblicitario, quanto accennato *supra*, a nota 141, e *infra* nel testo.

⁽¹⁵⁷⁾ La mancata costituzione del registro delle imprese comporta una più larga inosservanza delle forme sostitutive di iscrizione presso la cancelleria dei tribunali (art. 100 disp. att.), soprattutto da parte degli imprenditori individuali, che non vi sono soggetti in quanto tali, e che dovrebbero provvedervi espressamente per quanto concerne appunto le procure institorie e le nomine di procuratori. Analoga considerazione vale (sia pure senza la stessa giustificazione) per le società irregolari. Naturalmente il fenomeno della mancata iscrizione, e dell'irregolarità, non sarebbe eliminato per il solo fatto dell'attuazione e del normale funzionamento del registro delle imprese, ma sarebbe certo ridotto a proporzioni più modeste (come è forse indirettamente dimostrato dalla circostanza che, date le conseguenze amministrative che vi sono collegate, la prassi dell'iscrizione presso il c.d. registro delle ditte funzionante nelle Camere di commercio è generalizzata, così come l'utilizzazione — in una certa mi-

di tali meccanismi (in parte tradizionalmente utilizzati dal diritto commerciale, in parte perfezionati dall'ultima codificazione) non ha del tutto eliminato alcune, e fra le più serie, incertezze in ordine alla costituzione del potere di gestione con efficacia rappresentativa in capo ai preposti (¹⁵⁸).

Guardata dal lato della pubblicità, la situazione sembrerebbe per vero a prima vista indicare che, salva l'alternanza con lo stato di conoscenza effettiva (e quindi di mala fede) del terzo, e in funzione dei principî generali dell'efficacia delle iscrizioni nel registro delle imprese (art. 2193 cod. civ.), si sia pienamente realizzato in questo settore un regime di conoscibilità legale, ossia di vera e propria pubblicità di diritto (¹⁵⁹); al tempo stesso, un esame più approfondito di tale regime rivela che il suo meccanismo può concretamente operare a un livello soddisfacente di certezza e univocità solo con riferimento alle limitazioni, alle modificazioni e alla revoca del potere institorio, ma *non* con riferimento al suo conferimento, per il quale la situazione deve in realtà essere guardata dal lato della preposizione. Apparirà allora che ci troviamo non già in equilibrio (come pure sarebbe, in astratto, possibile — ove i regimi della pubblicità di diritto e della c.d. pubblicità di fatto fossero coordinabili) bensì in bilico tra due sistemi divergenti di attribuzione di efficacia alla rappresentanza nell'impresa, ossia in una potenziale e ricorrente situazione di incertezza che l'introduzione del registro delle imprese non ha sanato e, al limite, non poteva sanare.

Fermo restando, poiché così stabilisce l'art. 2206 cod. civ., che le limitazioni della procura institoria non sono opponibili ai

sura — da parte del pubblico dei dati risultanti da tale registro, nonostante questa forma di pubblicità non abbia in alcun modo valore sostitutivo rispetto a quella, anche transitoria, prevista dal codice).

(¹⁵⁸) Della difficoltà di « determinare quando vi sia conferimento di procura » fa esplicita menzione BELVISO, *Op. cit.*, p. 367, avendo tuttavia riguardo (coerentemente alla propria impostazione) essenzialmente agli aspetti formali del negozio di procura; più perspicuamente con riferimento alla preposizione cfr. FERRI, *cit.* più avanti, alla nota 160.

(¹⁵⁹) In questo senso PUGLIATTI, *La trascrizione*, *cit.*, p. 319.

terzi di buona fede in mancanza di iscrizione (e che ciò vale anche, conseguentemente, e in base all'art. 2207, per le modificazioni e la revoca susseguenti); e fermo restando, inoltre, sempre sulla base della citata normativa, che, mancando l'iscrizione della procura institoria e perciò delle sue eventuali limitazioni (ovvero in ogni caso delle modifiche e della revoca), la rappresentanza dell'institore si reputa generale; occorre chiedersi da cosa mai possa risultare che tale rappresentanza (reputata generale) è stata in effetti, anzitutto, conferita.

La domanda non è oziosa, anche se il relativo problema è stato impostato solo fuggevolmente e indirettamente; è pur vero che è stato scritto molto nettamente che i principî di cui sopra « si applicano in quanto i terzi contrattino con un institore: se si contesta la qualità di institore in colui che ha contrattato con il terzo, la presunzione della generalità della rappresentanza, anche in difetto della pubblicità non sussiste »⁽¹⁶⁰⁾. Ma il dubbio insorge proprio con riguardo al duplice profilo dell'attribuzione della qualità institoria, con i relativi poteri, e della conoscibilità da parte dei terzi di tale attribuzione. È opinione corrente, anzi spesso scontata e indimostrata, che gli effetti di cui sopra derivino appunto dalla preposizione all'esercizio dell'impresa, e dalle manifestazioni concrete in cui essa inevitabilmente si estrinseca⁽¹⁶¹⁾. La conclusione, come subito vedremo, è da accogliersi; nondimeno, è opportuno chiarire meglio i termini del problema, e le implicazioni derivanti dalla soluzione che può essere descritta in termini di « preposizione di fatto ».

⁽¹⁶⁰⁾ FERRI, *Delle imprese soggette a registrazione*², in Commentario Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1963, sub art. 2207, p. 111; conf. ASCARELLI, *Corso di dir. commerc.*³, Milano, 1962, p. 304.

⁽¹⁶¹⁾ Per tutti PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese. Contributo alla teoria della pubblicità*, Milano, 1954, p. 282; FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, cit., pp. 104-6; ASCARELLI, *Corso*, cit., pp. 302-3; FANELLI, *Per una rivalutazione della preposizione institoria*, in *Riv. dir. commerc.*, 1955, I, 6; (d'altronde, sul punto, già VALERI, *Le forme della preposizione institoria*, in *Riv. dir. commerc.*, 1921, I, 293). Ma possibili spunti in altro senso, invece, apud CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955, pp. 261-2, e GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*², Napoli, 1959, pp. 198-202.

Si potrebbe per vero argomentare anzitutto, collegando le disposizioni degli artt. 2193, 2196 e 2206, che anche ai fini dell'attribuzione della qualifica di institore, e del conferimento dei relativi poteri generali, l'iscrizione nel registro delle imprese sia non soltanto obbligatoria (artt. 2194, 2206), ma anche necessaria, se non per integrare validamente la fattispecie (pubblicità costitutiva o, secondo altra terminologia, essenziale) ⁽¹⁶²⁾, almeno per produrne l'efficacia nei confronti dei terzi secondo le regole particolarmente dettate per questo tipo di pubblicità dichiarativa ⁽¹⁶³⁾. Si potrebbe in altre parole sostenere che, nonostante gli artt. 2206 e 2207 espressamente contemplino la possibilità che la procura institoria non sia pubblicata, la presunzione di rappresentanza generale si applichi d'altronde solo in quanto la proposizione institoria, e quindi il conferimento dei poteri che vi sono connessi, risulti — sul piano della pubblicità di diritto, anziché su quello della c.d. pubblicità di fatto — dalla regolare attuazione dell'iscrizione del nome dell'institore voluta dall'articolo 2196 ⁽¹⁶⁴⁾.

In realtà tale ipotesi (che avrebbe una sua coerenza) deve respingersi per una serie di considerazioni, nonché, vorrei dire, di condizionamenti di carattere storico-sistematico, anche a prescindere dalla circostanza che gli indizi letterali (tenuto conto degli usi semantici abituali del legislatore) confortano l'interpretazione secondo cui la mancata iscrizione della procura non può

⁽¹⁶²⁾ Sulle classificazioni dei fenomeni pubblicitari cfr. per tutti PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., pp. 426 ss.

⁽¹⁶³⁾ MOSSA, *Trattato*, cit., p. 319, ed altri, per la corrente definizione di questo tipo di pubblicità come « dichiarativa »; la quale sarebbe invece « costitutiva » (in quanto distinta da quella « essenziale ») ove si adottasse la meno diffusa, ma indubbiamente coerente, terminologia suggerita dal PUGLIATTI, *Op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁶⁴⁾ Benché non esplicitamente, questo indirizzo sembra conseguire dal rilievo esclusivo accordato al negozio di procura dal BELVISO, *Op. cit.*, pp. 361 ss., rinvenendo appunto nell'adempimento dell'obbligo previsto dell'art. 2196 l'esteriorizzazione della procura, ancorché consistente nella mera indicazione del soggetto institore.

Diverso problema, concernente la stessa natura di obbligo del prescritto adempimento, è quello impostato dubitativamente da PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, cit., p. 93, nota 68.

significare cosa diversa dalla mancata iscrizione della preposizione (ammettendo che quest'ultima possa risolversi appunto nell'indicazione della persona e della qualità del preposto, secondo la prescrizione del n. 5 dell'art. 2196).

In primo luogo, la tradizione è nel senso che il mandato institorio possa essere espresso o tacito, come prevedeva esplicitamente l'art. 369 cod. comm. 1882; e, se tacito, debba reputarsi generale (art. 370 cod. comm.)⁽¹⁶⁵⁾. Che la disciplina del codice vigente non abbia innovato su questo punto (a parte le varianti formali) può desumersi anche dall'analisi dei vari progetti che hanno condotto alla normativa attuale, e delle relazioni illustrative dei progetti stessi⁽¹⁶⁶⁾.

⁽¹⁶⁵⁾ Per la dottrina dell'epoca cfr., ampiamente, VALERI, *Le forme della preposizione institoria*, cit.

⁽¹⁶⁶⁾ La linea di sviluppo è chiara, anche se la ricostruzione non ne è del tutto agevole, date le complesse vicende che hanno portato alla codificazione del 1942. Ancora nel progetto preliminare del libro delle obbligazioni del 1940 (sostitutivo di quello, abbandonato, del 1936) l'art. 282 si limitava in sostanza a rinviare al Codice di commercio, di cui era stato contemporaneamente elaborato il progetto Asquini, mentre già si pensava alla nuova sistemazione che avrebbe portato, dopo pochi mesi, ad affiancare al libro delle obbligazioni un libro dell'impresa in cui far confluire la materia commercialistica. Gli artt. 81 ss. del progetto Asquini di Codice di commercio sono già strutturati come la disciplina attuale, e tuttavia nella *Relazione* (§§ 25 ss.) si precisa che « la regolamentazione degli ausiliari del commerciante muniti di rappresentanza rimane nella sostanza quella stessa » del cod. comm. 1882; fra le innovazioni, ci si limita anzi a segnalare l'ammissione esplicita che « la revoca della procura institoria possa essere pubblicata anche quando non fu inizialmente pubblicato l'atto di conferimento ». Singolarmente, tale disciplina fu trasferita in un primo momento (all'atto dell'abbandono del progetto di Codice di commercio) nel libro delle obbligazioni promulgato separatamente nel 1941, e nella *Relazione del Guardasigilli* (nn. 102 ss.) si legge: « Confermato il principio della pubblicità della procura (art. 231, primo comma), che va fatta mercé la sola iscrizione nel registro delle imprese, se ne è ricavata la logica conseguenza che la mancanza di pubblicità fa presumere generale la rappresentanza conferita all'istitore (art. 231, terzo comma) »; e ancora: « Devono essere pubblicate altresì la revoca o la limitazione della procura non pubblicata, perchè la certezza dei rapporti rappresenta, specialmente in questa materia, un vantaggio di fronte a cui può sacrificarsi una deroga (se deroga c'è) al rigore del sistema ». Ovviamente, né il progetto preliminare del libro dell'impresa e del lavoro, né il libro del lavoro, promulgato separatamente sempre nel 1941, contengono alcuna norma riguardante la materia in esame, « rimessa al libro delle obbligazioni, per ragioni di connessione con la disciplina generale della rappresentanza » (cfr. *Relazione del Guardasigilli al libro del lavoro*, n. 41). Fu solo al momento dell'entrata in vigore del

In secondo luogo, tutta la disciplina dell'amministrazione e della rappresentanza delle società personali a forma commerciale (nella misura in cui contempla situazioni analoghe all'iscrizione della procura institoria: arg. ex artt. 2295, 2296, 2298 cod. civ.) è modellata sul principio della pubblicità dichiarativa, e in tale prospettiva l'art. 2297 appare risolutivo nel senso che la mancata registrazione dell'intera fattispecie, lungi dal far venir meno i poteri rappresentativi dei soci, comporta la presunzione della loro massima estensione, anche in parziale deroga alla disciplina essenzialmente civilistica della società semplice (art. 2266) richiamata dall'art. 2297 per le società in nome collettivo non registrate, ossia irregolari (¹⁶⁷).

cod. civ. 1942 che il coordinamento dell'intero sistema comportò il ritrasferimento della disciplina della rappresentanza nell'impresa, sostanzialmente immutata rispetto alle vicende precedenti (cfr. *Relazione al Re*, n. 907), nel libro del lavoro.

In conclusione, nonostante l'*iter tormentato*, non si incontra nella codificazione attuale alcuna frattura rispetto al cod. comm. 1882 sul punto dell'efficacia del conferimento della rappresentanza institoria per fatti concludenti.

(¹⁶⁷) Sul punto specifico PUGLIATTI, cit. *supra*, alla nota 212 i.f.

Più in generale, per il significato del riconoscimento dell'autonomia delle società irregolari, v. da ultimo BIGIAVI, *Difesa ecc.*, cit., pp. 235 ss. Sulla connessione tra i due argomenti PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, cit., pp. 20 ss., 95-6, 197 ss., 308 ss. Infine, per un'analisi (perfettamente parallela a quella condotta nel testo sulle società semplici e le società irregolari) che sottolinea il diverso rilievo della mancanza di pubblicità, a seconda che lo strumento pubblicitario sia previsto o meno, con riguardo alle associazioni non riconosciute ed alle associazioni riconosciute non registrate, cfr. il recentissimo GALCANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in Comment. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1967, sub art. 36, p. 194.

È il caso di accennare brevemente, a questo punto, ad alcuni ulteriori problemi che si collegano a quello in esame, ma su cui non posso intrattenermi, dato che per l'economia del lavoro la trattazione della rappresentanza nell'impresa con riferimento *al solo institore* è più che sufficiente ai fini dello svolgimento dell'argomentazione sviluppata nel testo. Mi limito qui a segnalare che i profili della rappresentanza nell'impresa che vado tracciando non risulterebbero modificati (ma solo ulteriormente chiariti, anche tenendo conto delle varianti che le diverse fattispecie comportano), ove si allargasse il discorso, ad es., alla nuova e sfuggente figura dei procuratori (sulla cui ricca problematica si veda, per tutti, COSTI, voce «*Procuratore*», in *Noviss. Dig. ital.*, XIII, Torino, 1966, pp. 1237 ss.; ma cfr. anche *infra*, alla nota 170; e ASCARELLI, cit. *ivi*) nonché ai commessi, agli impiegati di banca addetti al servizio dei libretti di deposito e risparmio, ai dirigenti e fattori di campagna, al comandante della nave e al raccomandatario (e, su quest'ultimo, rinvio alla recente letteratura, fra cui sono da segnalare essenzialmente RICCARDELLI, *Poteri di rappresentanza e*

Infine, è ovvio che un regime in cui alla predisposizione dello strumento pubblicitario da un lato (con l'obbligo di determinate iscrizioni, e con la sanzione dell'inopponibilità di limitazioni e revoche non iscritte) fa riscontro dall'altro lato la presunzione dell'esistenza di poteri illimitati riconducibili alla semplice preposizione ed alla pubblicità di fatto delle sue manifestazioni esteriori — è ovvio, dicevo, che un tale regime sia quello effettivamente voluto dal legislatore, nel convincimento che esso realizzi il massimo di tutela del terzo nel traffico giuridico commerciale⁽¹⁶⁸⁾. Ciò spiega perché il meccanismo della pubblicità si presenti *ictu oculi* come più perfezionato strutturalmente e più univoco sul piano dell'efficacia con riguardo a limitazioni, modificazioni e revoca del potere rappresentativo, piuttosto che con ri-

contemplatio domini nel negozio rappresentativo del raccomandatario, in *Riv. dir. nav.* 1959, I, 231, e RICHETTI, *Il raccomandatario marittimo*, Padova, 1965, qui a pp. 84 ss., 170 ss.).

Un'ultima connessione, su cui non mi soffermo per le stesse considerazioni, è quella con la rappresentanza nelle società, al di là degli aspetti particolari esaminati in questa stessa nota; in realtà, nel caso delle società, il fenomeno è assai più complesso, stante il duplice livello dell'attività rappresentativa implicita nella struttura societaria. La disciplina dettata dagli artt. 2266, 2297, 2298, e in genere dalle norme sugli organi delle società di capitali, è infatti in funzione dell'attività di amministrazione, che si colloca su un piano diverso rispetto alla posizione dell'istitutore, tanto è vero che la (ulteriore) presenza di quest'ultimo può aggiungersi — con la *propria* normativa — a quella, sia pure modellata analogamente, delle figure dei soci o amministratori; su tutto ciò si innestano infine anche le questioni particolari (concernenti, ad es., i rapporti tra la figura dell'istitutore e quella dell'amministratore, nonché del direttore generale; la possibilità per il non socio di società personali di assumere la veste dell'amministratore anziché quella dell'istitutore; e, sia pure muovendo da questo angolo visuale ad un'ulteriore problematica, la configurabilità di un rapporto institorio non collegato ad un rapporto di lavoro subordinato; ecc.). Per tutti, su questi temi, si veda l'approfondita indagine di GALGANO, *Degli amministratori di società personali*, Padova, 1963, *passim*.

⁽¹⁶⁸⁾ Sostanzialmente la stessa situazione, e in pratica la manifestazione della stessa preoccupazione, con le relative giustificazioni, avevamo rilevato con riguardo al conferimento e alla revoca della rappresentanza civile; con la differenza che in quell'ambito la mancata organizzazione di un sistema pubblicitario comportava l'inevitabilità di una conseguenza che, per la rappresentanza nelle imprese, risulta invece da una scelta particolare in ordine alla necessità e all'efficacia delle varie iscrizioni contemplate. Il fenomeno è accennato, ma senza che ne sia sottolineato l'interesse, da PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, cit., pp. 285-6.

guardo a quel *prius* che ne è il conferimento; e ciò spiega anche perché le regole fondamentali sull'efficacia negativa e positiva delle iscrizioni nel registro delle imprese, poste dall'art. 2193, siano formulate in modo da risultare inutilizzabili ove si tentasse di riferirle ad una possibile controversia sulla sussistenza stessa del conferimento, o comunque del potere rappresentativo ⁽¹⁶⁹⁾. Ora, è proprio di una simile eventualità che ci stiamo occupando; ed il rilievo della controversia è tanto maggiore in quanto, paradossalmente e passando da un estremo all'altro, l'alternativa può risolversi soltanto o nel senso che il potere institorio non sussiste affatto, ovvero che, se sussiste, esso è generale e senza limitazioni.

In altre parole, la tutela del terzo che il legislatore ha ritenuto di attuare poggia su tre punti fermi: *a)* la pubblicità necessaria al fine di far valere i fattori limitativi della rappresentanza; *b)* la presunzione di generalità della rappresentanza ove non risulti pubblicata una procura contenente limitazioni; *c)* la possibilità di considerare costituita la rappresentanza institoria — necessariamente generale — sulla base della preposizione di fatto all'esercizio dell'impresa. Tuttavia l'intero sistema protettivo del terzo si rivela illusorio, ove questi non riesca a far constatare la sussistenza precisamente di quest'ultima condizione, in ipotesi negata dal preteso preponente.

Naturalmente questa difficoltà non era superabile, se non scegliendo la strada della pubblicità costitutiva della fattispecie institoria: ossia rompendo con la tradizione commercialistica di concreta aderenza alla realtà dei traffici, vincolando ad un adem-

⁽¹⁶⁹⁾ È evidente, in altre parole, che l'art. 2193 (che pure risolve alcuni quesiti fondamentali sullo stato di conoscenza presunto nei terzi, rispettivamente dei fatti non iscritti e di quelli iscritti) ignora il problema insorgente qualora il terzo voglia far valere un fatto non iscritto (ad es., la preposizione institoria), ove l'imprenditore ne contesti precisamente la sussistenza e quindi l'obbligo di iscrizione. Al terzo è invero lasciata facoltà, come sostengo nel testo, di affermare, se può, la realtà del fatto invocato, con il richiamo alle manifestazioni concludenti (per le quali si parla da taluni di pubblicità volontaria: *rectius*, in questo caso, ... involontaria). Ma, quanto all'ammissibilità di questo procedimento, i criteri fissati dall'art. 2193 non possono essere di ausilio.

pimento pubblicitario essenziale la possibilità stessa da parte dell'imprenditore di servirsi di preposti, ed al tempo stesso togliendo al terzo contraente ogni base di affidamento nell'operare dei preposti (se non previo controllo del registro) e pregiudicandone così la tutela (in funzione di una certezza formale) in modo assai più grave, almeno con riferimento alla sfera dei negozi quotidiani. Non può stupire quindi, che si sia preferito il ricorso al dato, sia pure più incerto, della preposizione di fatto ⁽¹⁷⁰⁾. E tuttavia non è forse senza significato profondo, anche in relazione a questo aspetto particolare, l'appassionata, quasi angosciata, ricerca del punto di sutura, anche al di là del dato positivo, tra verità, apparenza e *Publizitätsprinzip* perseguita dal MOSSA ⁽¹⁷¹⁾, toccando anche, e non a caso, a proposito di tale problematica, la bruciante questione (anch'essa a doppio taglio, come tutte le argomentazioni che si sono qui dovute svolgere) della diversa operatività dei registri di commercio rispetto ai registri fondiari ⁽¹⁷²⁾: questi ultimi ad accentuato carattere formalistico, e ad efficacia rigida ⁽¹⁷³⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ È quasi superfluo ricordare che una soluzione più rigorosa è stata invece adottata in diritto tedesco proprio con riguardo al *Prokurist*, per il quale la forma espressa del conferimento (ancorché non vincolata ad un determinato strumento pubblicitario) è essenziale (§ 48 *HGB*); il rilievo del comportamento ordinario (« *gewöhnlich* ») è circoscritto alla figura di qualsiasi procuratore di livello inferiore (*Bevollmächtigte*: § 54 *HGB*); e non a caso, quindi, le teoriche della *Duldungsvollmacht* e della *Anscheinsvollmacht*, derivate dalla rappresentanza civile (§§ 164 ss. *BGB*), entrano in considerazione con riferimento alla *Handlungsvollmacht* ma non alla *Prokura*: per tutti cfr. WÜRDINGER, in *Grosskomm. HGB*³, I, Berlin, 1967, sub § 54, n. 12, p. 565, e più sinteticamente su tutta la materia BAUMBACH-DUDEN, *Handelsgesetzbuch*¹⁷, Berlin, 1966, sub §§ 48 ss., pp. 146 ss.

Singolare il trattamento che, nel nostro ordinamento, l'ASCARELLI, *Corso*, cit., p. 305, riserverebbe ai procuratori, in contrapposto all'instutore, affermando, peraltro senza giustificazione alcuna ricavabile dalla normativa, che « presupposto dell'applicabilità delle norme è in questo caso il conferimento della rappresentanza, mentre nell'ipotesi dell'instutore la rappresentanza deriva dalla preposizione institoria » (*ibid.*).

⁽¹⁷¹⁾ *Trattato*, cit., pp. 319-34.

⁽¹⁷²⁾ Su questa interessantissima contrapposizione ancora MOSSA, *Op. cit.*, pp. 329, 332 nota 184. Dell'argomento è inoltre, da ultimo, tracciato un panorama, con rilievi penetranti e di acuto interesse, dall'AFFERNI, voce « *Registro delle imprese*

Non posso indugiare troppo sul grande tema del registro. I rilievi già sollevati con riguardo alle insufficienze, d'altronde praticamente ineliminabili allo stato delle cose, che per certi aspetti presenta il sistema delle iscrizioni nel registro delle imprese se correlato all'altro termine reale delle fattispecie in esame, ossia la preposizione, mi dispensano dal fare un discorso di fondo — che pure dovrebbe essere avviato, anche a costo di segnare una netta frattura proprio con un filone della più elevata dottrina commercialistica (e non solo commercialistica), che ha visto e continua a vedere nell'avvento e nel perfezionamento dello strumento pubblicitario uno dei punti di forza della moderna civiltà giuridica (¹⁷⁴). Mi sia consentito manifestare al riguardo un dissenso, che non ritengo essere mera espressione di scetticismo, bensì rispecchiamento delle effettive condizioni, realisticamente valutate, in cui si svolge la vita dei traffici. Il più efficiente ed aggiornato registro delle imprese (che non sia, cioè, una catasta di carte amuffite) non può avere che una funzione marginale, anche se talvolta importante, ai fini dell'accertamento della realtà, e cioè in quei soli casi in cui tale accertamento si compie per l'eccezionalità del negozio, o per l'emergenza di sospetti inconsueti, ovvero per soddisfare le esigenze di una controparte che operi con criteri di controllo rigorosamente, e talvolta esasperatamente burocratici, come è il caso delle amministrazioni pubbliche in genere: quest'ultima è forse l'ipotesi più diffusa nella prassi, di affidamento alle risultanze della pubblicità di diritto, e si risolve sovente, come è uggiosa esperienza di imprenditori anche modesti, nella

(*Cenni storici e di diritto comparato*)», in *Noviss. Dig. ital.*, XV, Torino, 1968, pp. 45-6 dell'estratto.

(¹⁷³) Così anche PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., pp. 432 ss., con ulteriori, più specifici suggerimenti quanto alle possibili classificazioni alternative dell'efficacia (costitutiva, essenziale, rafforzativa) descritta nel testo come « rigida », con un termine volutamente non impegnativo sul terreno dei dibattiti attinenti specificamente la pubblicità.

(¹⁷⁴) Letteratura di ricca e luminosa tradizione; rimando alla diffusa bibliografia utilizzata e raccolta dall'AFFERNI, voce « *Registro delle imprese (Cenni storici e di diritto comparato)* », cit.

necessità di fornire una serie di certificati ritenuti indispensabili dalla controparte per concludere il più esiguo acquisto o pagare una fattura di poche migliaia di lire ⁽¹⁷⁵⁾. Non si saprebbe immaginare qualcosa di più lontano dalle esigenze di speditezza oltre che di sicurezza del traffico; è vero che la pubblicità del registro mantiene intatto un valore forse insostituibile in alcune delle circostanze sopra ricordate, e che se l'affidamento del terzo, nell'esperienza quotidiana, tende a poggiare piuttosto sulle apparenze che sui registri occorre bene che il rischio relativo venga (ove non operino altri meccanismi) da lui sopportato. Ma il registro delle imprese è fatto oggetto di un mito e di un culto che, se si spiegano forse in funzione... della sua inesistenza, dovranno prima o poi trovare una nuova, più realistica, dimensione nella coscienza del giurista: sia perché non è fuori di luogo ricordare che nei prossimi decenni gli sviluppi tecnologici dei sistemi di raccolta, classificazione e comunicazione dei dati in genere comporteranno non trascurabili modificazioni nel flusso e nella reperibilità delle informazioni, e nelle consuetudini dei partecipanti al traffico, al punto che la nozione stessa di pubblicità giuridica (che ha nutrito e talvolta ispirato ad alte visioni tutto un settore della nostra scienza) giungerà forse a maturarsi ed affermarsi con forme e modalità, e quindi anche con caratteristiche sul piano tecnico della fenomenologia giuridica, assai diverse da quelle vaticinate dalla dogmatica classica anche recente ⁽¹⁷⁶⁾; sia perché vale la

⁽¹⁷⁵⁾ Si osservi, appunto, che, date le rispettive posizioni occupate in genere dai partecipanti a questi negozi, non è di solito il terzo contraente a sobbarcarsi l'onere del controllo presso i pubblici registri, ma è piuttosto il soggetto all'iscrizione nei registri stessi che si trova costretto a produrre estratti e certificati. Queste precisazioni si applicano anche alla prassi del ricorso al registro ditte delle Camere di commercio, di cui è fatta menzione *supra*, nella nota 157.

⁽¹⁷⁶⁾ Non sembrerebbe, a prima vista, del tutto infondato sostenere invece che il quadro concettuale entro cui si staglia ormai nettamente, dopo un'elaborazione d'altre secolari, la nozione della pubblicità giuridica, non dovrebbe mutare per il solo intervento di fattori tecnologici (anagrafi meccanografiche ed elettroniche), che anzi potrebbero agevolare la concreta attuazione dell'astratto principio pubblicitario. È questione di intendersi sul significato di quest'ultimo. La pubblicità, come è stata con-

pena di approfondire le possibili alternative rispetto a soluzioni che sono tali solo nella misura in cui si è disposti, o costretti, ad ammettere che le presunzioni di conoscenza, legate alla formula della conoscibilità legale derivante dalla predisposizione dello strumento pubblicitario, realizzino l'ideale della « certezza giuridica »: dove, come spesso accade, l'aggettivo è l'eufemistico indice rivelatore del contrasto con la realtà e quindi con la verità, le quali si pongono invece come obiettivo preminente negli ordinamenti giuridici moderni, quanto meno in funzione della ridotta incidenza del formalismo, e del maggiore risalto assunto dalle regole di correttezza e solidarietà, di buona fede, e di affidamento in comportamenti « normali » e « generalizzati » della comunità mercantile e del pubblico ⁽¹⁷⁷⁾.

Sta di fatto che — come si rilevava più sopra, e riprendendo il filo del discorso — l'efficacia rappresentativa della preposizione institoria può essere collegata a manifestazioni da cui è lecito desumere la legittimazione del preposto. Sia l'origine che il contenuto di tale legittimazione sono allora riferibili all'esercizio in concreto dell'impresa (artt. 2203, 2204, 2206 cod. civ.), talché a fronte del potere rappresentativo ⁽¹⁷⁸⁾ che vi inerisce, qualsiasi discorso si volesse impostare sul dato del conferimento come

cepita sinora dai giuristi che si sono assunti il compito di costruirne la consistenza e la funzione, ha rappresentato, nel bene e nel male, un diaframma tra la conoscenza e la realtà, tendente a rispecchiare la realtà, ma non necessariamente identificabile con essa, e quindi fornita di una propria autonomia, tanto più autosufficiente quanto più formalistica; su questi ultimi, fondamentali, aspetti, non potranno non incidere profondamente, innovando radicalmente sulla collocazione istituzionale della pubblicità, gli sviluppi tecnici indicati nel testo, che dovrebbero finire in ultima analisi per trasformare gli strumenti pubblicitari in una cinghia di trasmissione diretta dei dati reali ai destinatari dell'informazione.

⁽¹⁷⁷⁾ Su quest'ultima tendenza di fondo mi limito a richiamare le più recenti prospettive indicate da G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. commerc.*, 1964, I, 163; RODOTÀ, voce « *Diligenza* », in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 539 ss.; Salv. ROMANO, voce « *Buona fede (Dir. priv.)* », *ivi*, V, Milano, 1959, pp. 677 ss.

⁽¹⁷⁸⁾ Ma, ancora una volta, meglio sarebbe dire (a questo stadio) *gestorio*, così da evitare di pregiudicare in un senso o nell'altro, muovendo da un profilo particolare, gli ulteriori problemi sollevati dall'art. 2208 cod. civ.

espressione della volontà del preponente si risolverebbe in una superflua esercitazione verbale, o peggio (ove si pretendesse di ricavarne delle conseguenze) comporterebbe una frattura rispetto all'ibrido, ma non inconsapevole, sistema congegnato dalla legge per dare vita alla rappresentanza nell'impresa.

Ciò è tanto vero, ossia questa ricostruzione è tanto esatta nella sostanza (ancorché innegabilmente tendenziosa nelle formule descrittive usate), che nei casi in cui si pone il problema del limite, e cioè quando il dubbio e il contrasto riguardano, come si è già dovuto sottolineare, l'attribuzione stessa della qualifica institoria, quella frattura si manifesta appunto nella conclusione (espressa frettolosamente, e forse non senza disagio) di un importante scrittore che, dopo aver esattamente rilevato l'impossibilità del ricorso a presunzioni prefabbricate, ove i poteri rappresentativi si contestino in quanto si contesti precisamente la qualità di institore, si limita a soggiungere: « Si applicano... in questa ipotesi i principî generali in tema di rappresentanza » (179). È evidente il distacco rispetto ad una valutazione che si commisuri effettivamente alla specifica fattispecie dell'impresa. Il tentato collegamento, o ripiegamento, verso i principî della rappresentanza civile, può tuttavia non risultare infruttuoso, ove lo si utilizzi come banco di prova delle implicazioni che il sistema descritto, peculiare alla rappresentanza nell'impresa, comporta con riguardo all'intera costruzione del fenomeno gestorio, che andiamo delineando.

Perché, insomma, il problema dell'identificazione della sussistenza del potere institorio sulla base della ricognizione (o della semplice presenza) (180) nei fatti di una preposizione all'esercizio

(179) FERRI, *Delle imprese soggette a registrazione*, cit., p. 111. Avevo richiamato in precedenza (cfr. *supra*, nota 160) l'impostazione in base alla quale questo a. sottolineava perspicuamente l'esistenza del problema del conferimento del potere institorio. Ma lo scarto tra la premessa e le conclusioni, che deliberatamente riferisco soltanto ora, appare così in tutto il suo rilievo sistematico.

(180) L'importanza fondamentale di questo inciso apparirà chiara tra breve.

dell'impresa, anche indipendentemente dalla volontà ovvero contro la consapevolezza di colui che è giuridicamente preponente (¹⁸¹), è stato in una più ampia prospettiva individuato, anche se tutt'altro che risolto, attraverso una constatazione critica indubbiamente esatta: e cioè che il rilievo esteriore della preposizione ha potuto insinuare anche in questo campo l'idea di apparenza, da un lato (sotto un primo profilo *a*) comportando lo scambio, del resto frequente, « di uno dei significati del termine per l'altro: l'apparenza come manifestazione (o fenomenicità) rispetto ad una data realtà, e come (al contrario) surrogato di essa » (¹⁸²); dall'altro lato (sotto un secondo profilo *b*), ed eliminando quello scambio equivoco, privilegiando l'aspetto della *manifestazione esteriore*

(¹⁸¹) È ovvio che si tratta qui appunto della situazione limite, necessariamente caratterizzata da quell'ambiguità cui ci siamo già richiamati, e sulla quale dovremo fare qualche altro breve commento.

(¹⁸²) Così PUCLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 323; la trattazione muove dalla considerazione delle società irregolari e della loro c.d. pubblicità di fatto o volontaria, espressione con le quali in realtà non si descrive affatto, secondo il P., un meccanismo pubblicitario, bensì un principio di « esteriorizzazione » (come riterrei preferibile dire per evitare l'equivoco con l'apparenza). Sulle insufficienze che il rilievo esclusivo accordato all'esteriorizzazione comporta tornerò fra poco (ma cfr. intanto PUCLIATTI, *Op. cit.*, p. 324, nota 407, e p. 102, nota 452). È indubbio comunque che le precisazioni principali di questo a., sopra riferite e fondamentalmente esatte, sono applicabili anche alla procura institoria non pubblicata; in tal caso, è chiaro che non si ha la c.d. pubblicità volontaria, ma piuttosto delle manifestazioni esteriori; ed è allora « facile supporre che, il più delle volte, codesti segni sono ambigui e comunque il loro valore indicativo non è sorretto da nessuna garanzia di certezza, di precisione e di completezza. Ed ecco la ragione per la quale, mentre la pubblicità legale può contare sull'attuazione del meccanismo predisposto dalla legge, che è idoneo a far conoscere la realtà, la c.d. pubblicità volontaria deve appoggiarsi sull'apparenza [*rectius*: esteriorizzazione]. Ma ciò basterebbe a far dedurre che, in ogni caso, si tratta di fenomeni del tutto differenti. Esattamente, dunque, fu rilevato che, dal punto di vista della funzione e del modo in cui essa si esplica, la c.d. pubblicità volontaria, non può sostituire la pubblicità legale ... Né si può confondere con essa » (*Op. cit.*, p. 325). Estremamente significativa, anche se insoddisfacente ai nostri fini, la conclusione che il PUCLIATTI (*ibid.*) ricava con riguardo — genericamente — a tutte le fattispecie non adeguatamente sorrette da un sistema pubblicitario legale (come abbiamo visto essere il caso, nel momento genetico, del potere institorio): « In realtà si tratta di un complesso di ipotesi anche tra loro differenti, la cui definizione va determinata volta per volta, con riferimento alle finalità concrete della legge e al tipo di protezione che ne deriva ».

della preposizione (¹⁸³) — che giustificherebbe la formula del potere rappresentativo in senso tradizionale — rispetto alla *consistenza intrinseca* dell'esercizio dell'impresa per conto altrui — che potrebbe invece giustificare l'introduzione nel nostro ordinamento della nuova fenomenologia suscettibile di essere riassunta nella formula più comprensiva del « potere gestorio ».

a) Sotto il primo profilo, lo scioglimento dell'equivoco ancora una volta insorgente tra apparenza e realtà apparente (ossia manifestata) importa la soluzione del quesito circa la sussistenza stessa della funzione, e quindi del potere, institorio, in termini — come è già emerso esplicitamente — di preposizione di fatto rilevabile attraverso manifestazioni concludenti. Di per sé, questa enunciazione non costituisce un risultato, se non accompagnata da due precisazioni sistematiche, che è opportuno svolgere con breve ma adeguata argomentazione.

La preposizione institoria di fatto, che nella normalità dei casi è sufficientemente univoca, può al limite superiore offrire un grado di certezza non dissimile da quello che risulterebbe da una procura pubblicata; al limite inferiore, invece, annullarsi in manifestazioni ingannevoli o illusorie che diano luogo ad una situazione di mera apparenza nei confronti di alcuni soggetti: per tutto quanto si è detto *una tale situazione di apparenza non è rilevante sul piano negoziale*, e potrà solo, eventualmente, integrare ipotesi di responsabilità precontrattuale, nei limiti e nei modi già esaminati a suo tempo. La zona intermedia è, ovviamente, quella in cui la fattispecie considerata assume il proprio caratteristico valore autonomo (¹⁸⁴): la situazione di potere gesto-

(¹⁸³) Quest'ultima constatazione non assume più carattere critico nell'a. sopra citato, che la sottolinea; mentre da essa si dipartono le nostre ulteriori considerazioni ricostruttive.

(¹⁸⁴) Devo peraltro avvertire (e si vedano già le note 123 e 149, *supra*) che, nell'ambito della zona intermedia contraddistinta dai fatti concludenti, onde si desume l'esistenza del rapporto institorio, un posto particolare occupano le situazioni obiettivamente ambigue, ossia di incertezza obiettiva (la *res dubia* della civilistica; la connessione con la problematica dell'errore rivela anche la vicinanza con la sfera dell'apparenza, modellata, come si è visto, sull'errore rovesciato, o errore sanante). In tali

rio e rappresentativo che ne risulta è una vera e propria *situazione reale* (che, fra l'altro, permane al di là delle limitazioni e delle modifiche non pubblicate), determinata — diversamente da quanto abbiamo rilevato con riguardo alla *situazione apparente* indotta dall'art. 1396 cod. civ. — da ovvie peculiarità che è quasi superfluo sottolineare, e cioè dalla circostanza che la preposizione ad un'*attività di impresa* ben può costituire una fattispecie equipollente sia rispetto alla procura non pubblicata (in funzione del rilievo fattuale dell'attività), sia rispetto alla mancata pubblicazione delle modifiche (in funzione della predisposizione di uno strumento pubblicitario che sarebbe stato idoneo a segnalare le variazioni della situazione reale rispecchiata dal registro stesso, o costituita come sopra).

Queste caratteristiche peculiari di un fenomeno rappresentativo a sfondo organizzativo, in cui assumono rilievo sia il dato della continuità dell'attività sia quello della permanenza della pubblicità

ipotesi, non trattandosi di semplice dubbio soggettivo, se valgono le regole sull'errore, assume d'altronde rilievo la posizione delle parti con riguardo ai fatti come da esse conosciuti e ragionevolmente apprezzati, non già con riguardo ad una possibile valutazione *a posteriori*: cfr. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, pp. 338 ss., 534 ss.

Vale la pena di sottolineare, inoltre, l'analogia che queste ipotesi presentano con altre, di legittimazione dipendente da valutazioni difficili o, al limite, impossibili da compiersi *a priori* nel singolo caso concreto: ad es., circa la pertinenza degli atti all'esercizio dell'impresa, o (il che è lo stesso) la loro conformità all'oggetto sociale. Con riguardo a queste situazioni avevo suggerito (cfr. quanto scrivevo in *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, pp. 397 ss.) che la sussistenza della legittimazione fosse accertata tenendo conto appunto dell'ambiguità obiettiva della connessione, e affidandosi quindi alla ricognizione « delle manifestazioni ed esplicazioni caratteristicamente ipotizzabili per quel tipo di impresa », con un « rinvio alla valutazione dell'ambito tipico di quell'attività imprenditrice »; conclusioni sostanzialmente identiche sviluppa ora il BELVISO, *L'instutore*, cit., pp. 324, 330, richiedendo che « il giudizio sulla apparente pertinenza vada dato alla stregua di un criterio di *normalità*, desunto dalla valutazione sociale corrente », e tuttavia adombrando un contrasto (in realtà irrilevante quanto al risultato finale) con le mie tesi, rispetto alle quali viene sottolineato il cauto accoglimento del principio di apparenza, e trascurato invece il rilievo accordato alla necessaria elasticità della valutazione obiettiva, per cui — come puntualizzavo testualmente — « da questo lato le divergenze tra legittimazione apparente e legittimazione effettiva dovrebbero tendere a scomparire » (*La nozione di oggetto sociale*, cit., p. 399; cfr. BELVISO, *Op. loc. cit.*, nota 204).

legale del registro (ancorché, come abbiamo visto, imperfettamente coordinati), sarebbero sufficienti da sole a dar ragione del diverso inquadramento e di talune difformità di disciplina (soprattutto per quanto concerne il fondamento iniziale del potere rappresentativo) rispetto alla rappresentanza civile ed al suo regime di modificazioni ed estinzione.

Ritengo tuttavia che qualche ulteriore chiarimento sulle posizioni dalle quali, per così dire, i due ordini di fenomeni si fronteggiano sia per molti versi essenziale anzitutto perché, nonostante l'indubbia contrapposizione delineata, vale per entrambi almeno un elemento comune, e cioè quello dell'opponibilità delle limitazioni e dell'estinzione della procura, ancorché non idoneamente comunicate o pubblicate, purché comunque conosciute dai terzi; in secondo luogo perché una analisi riassuntiva, sotto questo profilo, è necessaria proprio al fine di dare a questa esplorazione del fenomeno gestorio una conclusione costruttiva, dalla quale il sistema dell'unità nella diversità che a nostro avviso caratterizza i vari aspetti della gestione riceva persuasiva conferma, consentendo altresì il passaggio agli ultimi svolgimenti relativi alla presente tematica, nonché a quelli (che ne hanno in parte costituita l'occasione) che dovranno a suo tempo innestarla sull'analisi delle relazioni che con la gestione ha l'ausiliarietà, e che integrano — come si vedrà in altra sede — un rilevante aspetto di quest'ultima, pur senza esaurire ovviamente i termini della sua qualificazione giuridica ⁽¹⁸⁵⁾.

⁽¹⁸⁵⁾ Dovrà infatti, nel quadro degli altri studi in corso, essere svolta una trattazione che colleghi precisamente alcune delle costanti delle attività ausiliarie, riferibili al profilo della cooperazione giuridica qui analizzata, con i problemi posti *ex novo* (quasi senza apparente riferimento alle precedenti stratificazioni storiche e sistematiche) dall'art. 2195 cod. civ., in una sorta di momento classificatorio delle imprese ausiliarie come imprese commerciali, costruito solo su di una descrittiva tipologica delle attività considerate, le cui possibili connessioni con la struttura giuridica dei rapporti integranti le attività stesse sono tutt'altro che evidenti, e rappresenteranno pertanto l'oggetto precipuo di una ricerca che necessariamente intaccherà, non del tutto marginalmente, anche il tema della commercialità dell'impresa, nelle articolazioni di cui la struttura dell'art. 2195 è un riflesso.

I chiarimenti cui occorre ora procedere tendono — come si è appena detto — a fornire all'argomentazione in corso alcune motivazioni specifiche, ed altre più comprensive e riassuntive. Quanto alle prime, per vero, non sarà passato inosservato che, mentre dalla formula dell'art. 1396 avevamo desunto l'emergenza di una situazione apparente in senso tecnico, abbiamo prospettato invece la rappresentanza nell'impresa come fondata in ogni caso su di una situazione reale, pur a fronte di fatti limitativi od estensivi, dato che in mancanza di pubblicazione questi restano senza efficacia (artt. 2206, 2207); ripeto che il rinvenimento di una fattispecie equivalente può senz'altro considerarsi in questo caso pienamente giustificato dal rilievo giuridico dei fatti (assenti nel caso della rappresentanza civile) di preposizione e pubblicità, sostitutivi o surrogativi della volontà del preponente, carente in ipotesi; senonché la solidità di questo schema è vulnerata dalla possibilità che, anche nell'ambito della rappresentanza commerciale, il difetto di conferimento conseguente alla limitazione o alla revoca dello stesso possa essere opposto ai terzi che ne erano a conoscenza, riproducendo (così, almeno, potrebbe sembrare a prima vista) proprio quel simulacro di pretesa legittimazione reale operante solo a fronte di uno stato soggettivo altrui di buona fede, di cui avevamo più sopra criticato in radice la configurabilità ⁽¹⁸⁶⁾. Ai nostri fini, per la verità, ci si sarebbe potuti limitare a segnalare il fenomeno (senza perseguirne le implicazioni problematiche estranee al tema in esame), presentandolo come la conseguenza — d'altronde del tutto plausibile — dell'operatività imperfetta, ossia non assoluta, del meccanismo pubblicitario, da cui deriva (e anche questo è già stato insistentemente messo in evidenza) una sorta di frammentario, sporadico, e in ogni caso non decisivo, ripiegamento sui principî della rappresentanza civile anche in talune manifestazioni della rappresentanza nell'impresa, in alternanza con quelli che ne sono indubbiamente i caratteri organizzativi tipici

⁽¹⁸⁶⁾ V. a pp. 304 ss., e in particolare la nota 139.

di preminente rilievo; ma la ragione per cui fenomeni di portata pratica analoga assumono, a nostro avviso, coloriture diverse nei due casi, è in realtà più profonda (pur innestandosi sulle accennate, parziali insufficienze del sistema pubblicitario), e soprattutto è così strettamente inerente alla tematica globale della rappresentanza e gestione, nel passaggio da una prospettiva dogmatica tradizionale ad altra più aperta e complessa, da poter essere senz'altro considerata come un aspetto particolarmente significativo ed illuminante della vicenda in esame. Enuncio quindi subito i lineamenti essenziali che questo lato della fattispecie gestoria ci presenta, pur avvertendo che una migliore comprensione, e soprattutto una visione più completa del fenomeno, potranno essere assicurate dall'analisi più penetrante che tenterò di svolgere nella sezione finale di questo paragrafo (avvalendomi di taluni punti di riferimento comparatistici, come elemento di controllo della configurabilità di un diritto vivente orientato nella direzione emergente dal presente contesto).

Quando il potere gestorio e rappresentativo si fonda, come avviene nell'ambito dell'impresa (secondo quanto abbiamo sottolineato), su manifestazioni inerenti all'attività di esercizio dell'impresa stessa, viene in sostanza a mutare — anche se ciò può essere rimasto inavvertito nelle pieghe del sistema — il punto di vista da cui l'ordinamento considera il rapporto su cui quel potere si innesta: non si ha più infatti (se non eventualmente, e con rilievo interno, ma non a livello di fattore genetico della fattispecie rappresentativa) un conferimento del potere stesso dal *dominus* al preposto (come nella rappresentanza civile), e così una situazione giuridica che, sulla base di un *unico rapporto interno*, esplica la sua efficacia nei confronti di chiunque entri in contatto col facoltizzato, nei limiti in cui tale facoltà sussiste ed è accertabile (art. 1393), o appare soggettivamente sussistere (art. 1396); nella rappresentanza d'impresa il rapporto gestorio è invece considerato obiettivamente *dall'esterno*, il che significa che è a fronte di ciascun terzo che il potere del preposto esiste o non esiste realmente, ossia che non vi

è un unico rapporto interno su cui si fondano i vari negozi gestorii, bensì si ha una *pluralità effettiva di rapporti* che si determinano tra il preponente (o, se si preferisce, il preposto) ⁽¹⁸⁷⁾ da un lato, ed ogni singolo terzo, che è controparte del negozio gestorio, dall'altro.

È perciò naturale che, se vi è un momento in cui il costituirsi di questa pluralità di rapporti tra il principale e i terzi (o, ripeto, tra il preposto e i terzi) è per quanto possibile reso uniforme, generalizzato e sostanzialmente unificato ⁽¹⁸⁸⁾ nei modi previsti dalla legge (preposizione e pubblicità) per agevolare appunto l'instaurazione dei vari rapporti rilevanti tra tali soggetti — è naturale, dicevo, che vi sia anche un momento per il quale un particolare stato

⁽¹⁸⁷⁾ La distinzione è in realtà importantissima, in quanto vi si potrebbero rintracciare ulteriori elementi di incidenza, in un senso o nell'altro, sulla teorica dell'instutore segreto. D'altronde, a prescindere da ciò, un altro aspetto di rilievo è dato dalla circostanza che, anche riportando alla figura del preponente uno dei termini del rapporto, di cui il terzo occupa il termine opposto, non viene comunque in considerazione la problematica della procura come dichiarazione o come contratto, cui ricollegare il conferimento di potere dal rappresentato al rappresentante; l'elemento del conferimento può essere del tutto estraneo al fenomeno ricostruito nel testo, e ciò è sufficiente a sottolineare quanto si sia lontani in ogni caso dalla tematica della destinazione della dichiarazione di procura, nella quale pure non mancarono, come è noto, intuizioni affini (limitatamente al ruolo giocato dal terzo come destinatario dell'esteriorizzazione del potere rappresentativo) alle descrizioni qui suggerite. Cfr. soprattutto LENEL, *Stellvertretung und Vollmacht*, in *Jher. Jahrb.* 36 (1896), 1, qui a pp. 13 ss.; e NATTINI, *La dottrina generale della procura. La rappresentanza*, Milano, 1910, pp. 92 ss., del quale ultimo sono peraltro particolarmente significativi i richiami ai precedenti romanistici (pp. 105 ss.) e alla preposizione institoria (pp. 101 ss.). E tuttavia quegli svolgimenti, in sede di dogmatica della volontà, restano di necessità inquadrati in un clima concettuale assai diverso da quello che genera i principi emergenti nell'epoca attuale.

Vale piuttosto la pena di sottolineare che è questo indubbiamente uno degli aspetti su cui l'elasticità delle formulazioni del par. 167 BGB (di cui si parlava sopra, alla nota 72) ha maggiormente potuto incidere nel senso di un'estensione, sia pure precipuamente concettualistica, delle prospettive sistematiche utilizzabili dai giuristi tedeschi.

⁽¹⁸⁸⁾ Anche in queste circostanze, di particolare evidenza, che tendono a fornire una visione unitaria del potere institorio, vanno forse rintracciati, almeno in parte, i motivi per cui la pluralità dei punti di riferimento esterni, come caratteristica dell'attività gestoria dell'instutore, è rimasta sostanzialmente inavvertita anche alla luce delle analisi più moderne (si veda, ad es., il contributo ricordato nella nota successiva).

soggettivo dei terzi (consapevoli dell'inesistenza del conferimento di potere, in virtù di informazioni più immediate di quelle pubblicitarie, e che si provi comunque essere a loro note) comporti il venir meno nei loro confronti di quella sola situazione reale di legittimazione che sarebbe altrimenti suscettibile di operare verso ciascuno di essi, lasciando ovviamente sussistere invece tutte le altre, che si riconducono ai fattori più generali (appunto preposizione e pubblicità) di costituzione del potere, così come quest'ultimo è manifestato da quelle due caratteristiche componenti genetiche della fattispecie (¹⁸⁹).

Tralascio ora per un momento questa ricostruzione, di cui è superfluo sottolineare l'importanza nel quadro delle proposte che vado formulando, e che sarà ripresa conclusivamente e, spero, persuasivamente, nel contesto sistematico cui (come ho avvertito) mi riferirò tra poco.

E riprendo piuttosto gli spunti enunciati circa la genesi delle situazioni gestorie richiamate da ultimo, per delineare sommariamente quella che mi pare essere una valida ipotesi di fondo quanto al significato ultimo, in sede di analisi critica, del fluire — cui abbiamo assistito — dall'una all'altra zona di assestamento concettuale dei fenomeni contigui dell'imputazione di responsabilità (¹⁹⁰)

(¹⁸⁹) Profili di sviluppo per certi aspetti analoghi, pur se con conclusioni diverse e persino (da un angolo visuale più formale che sostanziale, come vedremo) opposte, ha tracciato il FANELLI, *Per una rivalutazione della preposizione institoria*, cit., a p. 25.

(¹⁹⁰) L'uso di questa formula è preferibile anche ove si dovesse avere riguardo a rapporti sinallagmatici. Anzitutto, come avevamo notato a suo tempo, indipendentemente dall'eventuale (analogamente: OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, pp. 392-3) verificarsi anche di effetti attivi (corrispondenti a quelli passivi cui il preponente è vincolato), ciò che viene in considerazione in questo tipo di problematica è, in senso più lato, l'efficacia unilaterale del vincolo, in quanto esso possa esser fatto valere solo da una parte, nei cui confronti non ne sia opponibile l'invalidità dalla controparte, mentre non sia vero l'inverso; la situazione è naturalmente prevista da numerosissime norme, e non sono necessari ulteriori chiarimenti (si vedano, d'altronde, specifiche allusioni alle ipotesi di inefficacia relativa in OPPO, *In tema di «invalidità» delle deliberazioni ecc.*, cit., a p. 936; FALZEA, voce «Apparenza», cit., a pp. 692, 699; CALAIS-AULOX, *Essay sur la notion d'apparence etc.*, cit., p. 33; PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, Milano, 1962, pp. 106-7). In secondo luogo, il fenomeno ora ricordato

per colpa non contrattuale, per creazione di apparenza qualificata, e per fattispecie negoziale equivalente ad altra giusnaturalisticamente più tipica ⁽¹⁹¹⁾.

L'ipotesi a mio avviso più produttiva (sul piano dello sviluppo e del superamento di certe dispute che hanno talvolta offerto solo la dimostrazione della propria sterilità) individua in ogni mani-

si affianca, e frequentemente coincide, con quello in cui residua l'inadempimento di una sola delle prestazioni corrispettive, talché l'interesse alla produzione dell'effetto residuo (esclusivamente passivo per la parte che non possa opporre l'invalidità dell'obbligazione) si concentra nella controparte; è superfluo rilevare la particolare importanza, nella vita giuridica, delle contestazioni riguardanti appunto una situazione debitoria (in genere pecuniaria): ciò costituisce ovviamente la regola, ad es., nelle procedure fallimentari, in cui è eccezionale la situazione dei rapporti giuridici pendenti, cioè bilaterali e non esauriti (cfr. PROVINCIALI, *Manuale di dir. fallimentare*, I⁴, Milano, 1962, pp. 907-9; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1959, pp. 250 ss.). Infine, e in dipendenza da quanto or ora sottolineato, è quindi la nozione stessa di *responsabilità*, sia pure come risultante di pregressi rapporti giuridici, che assume rilevanza autonoma e preminente, quando si tratti di stabilire quali siano l'efficacia e i riflessi di determinati atti negoziali compiuti direttamente o tramite preposti, soprattutto se essi si inquadrano a loro volta in un'attività (d'impresa) la quale, considerata nei suoi singoli momenti, e a maggior ragione nella sua globalità, finisce per presentare un bilancio non tanto di effetti attivi o passivi, quanto appunto di responsabilità imputabile al soggetto titolare dell'attività stessa, o ad altri soggetti che ne debbano rispondere in virtù di principî diversi (ed es., di amministrazione — o, in senso lato — di gestione; per tutti questi profili può risultare particolarmente illuminante, da ultimo, GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute ecc.*, cit., pp. 214 ss.; e ritengo superfluo richiamare tutte le norme in cui la legge si esprime precisamente in termini di responsabilità, nel testo o nella rubrica di numerosissime disposizioni, fra cui ricordo solo a titolo esemplificativo, ed a parte tutte quelle in tema di società, gli artt. 33, 38, 41, 1218, 1228, 1337, 1715, 2208, 2740 cod. civ., e gli artt. 274, 878 cod. nav.).

Il fenomeno, e la sua connessione con la disciplina della formazione dei contratti tramite preposti, sono particolarmente evidenti in diritto inglese, in virtù della distinzione tra contratti *executory* ed *executed*; tale distinzione non incide solo sul momento genetico, determinando il tipo di *consideration* (cfr. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, pp. 345-6, 393 ss.; ATIYAH, *Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1961, pp. 59-62), ma anche sull'efficacia del potere del preposto di vincolare il principale al negozio, sia con l'attribuzione degli effetti anche attivi, che con l'imputazione di responsabilità (così, ampiamente, STOLJAR, *The Law of Agency*, cit., pp. 77, 183 n. 205 ss., 239-42; e per qualche parziale, unilaterale riflesso cfr. proprio gli artt. 1705-1707 del nostro codice).

Sui temi trattati in questa nota, già un fuggevole cenno sopra, alla nota 36.

⁽¹⁹¹⁾ Così, felicemente (come si ricorderà: cfr. sopra, nota 130), SACCO, *La buona fede*, cit., p. 57, nota 16.

festazione (effettiva o presunta) di operatività del principio di apparenza un fenomeno di transizione, legato ovviamente ad una strutturazione rigida delle fattispecie riconosciute, con l'ulteriore precisazione che tale rigidità deve talvolta essere riferita ad un sistema di delimitazione delle fattispecie indiscutibilmente ravvisabile nella fase presa in considerazione dell'ordinamento positivo, altre volte invece è riconducibile (pur muovendo dal momento interpretativo di una norma o di un complesso di norme, o ancora da un problema di antinomie o di lacune) ad uno specifico atteggiamento di scuole e dottrine che — anche quando svincolate, nella migliore delle ipotesi, da pregiudizi o equivoci concettuali — tendono a privilegiare taluni aspetti piuttosto che altri del momento di passaggio da una serie di nozioni consolidate a quella successiva, emergente appunto attraverso varianti parziali apportate al sistema da norme introdotte senza piena consapevolezza delle possibili implicazioni. Il risultato, come si diceva, è in ogni caso nel senso che l'individuazione di fattispecie con caratteri intrinseci di novità ne risulta ritardata, e ancor più difficoltosa è la ricostruzione di un sistema unitario inclusivo delle successive frammentazioni e stratificazioni; così avviene che il principio di apparenza nelle sue possibili applicazioni sia correttamente accolto o respinto nella nostra letteratura giuridica con facilità, e quasi con disinvoltura a seconda del tipo di definizione di fattispecie adottato, e del rilievo dato a elementi formali; sembra invece assai più difficile riconoscere il fenomeno delle fattispecie affini ed equivalenti, per sua natura riscontrabile piuttosto attraverso l'approfondimento casistico, che consente altresì una più pregnante esegesi delle norme, che non attraverso l'elaborazione di distinzioni concettuali, anche le più accuratamente formulate.

Non insisto su queste considerazioni, che presumo chiaramente anticipate dal procedimento stesso seguito nell'esame dei temi sinora trattati; ma per riportare il discorso appunto sui nostri temi particolari, sembra di poter concludere che i fenomeni di potere gestorio analizzati in questa sede sono stati volta a volta col-

locati su di una linea di classificazione (ricalcata sulle varie ipotesi ricavate dalla realtà) che, tenendo rigorosamente conto delle risultanze esegetiche del dato positivo, ha coscientemente tentato di riscattarne le insufficienze, senza pretendere di colmarle, ma sottolineando l'equivoco e la precarietà delle soluzioni disponibili nell'attuale sistema di nozioni (¹⁹²).

Pur essendo evidente che queste limitate osservazioni poco aggiungono ai significati specifici degli argomenti trattati, presentandosi piuttosto come scarse meditazioni marginali sul tema (di teoria generale, e sempre vagamente sospetto) dell'apparenza e del suo rilievo tecnico oltre che politico, esse tuttavia possono in qualche misura dar ragione della scelta fatta durante il cammino percorso, che è stata una deliberata scelta di ostacoli da affrontare, non meno che di prospettive da sviluppare. Non ho quindi esitato a riferirne in questa breve digressione, tanto più che l'alternativa stessa tra potere gestorio apparente e reale presenterà

(¹⁹²) Si consideri, tipicamente, quanto illustrato in precedenza, in più punti, circa la necessità di classificare fattispecie apparente quella derivante dall'art. 1396 cod. civ.; avevamo persino osservato che, se non si poteva convenire nella configurazione di una situazione reale di perdurante procura (come sostenuto dal NICOLÒ) si sarebbe piuttosto potuto pensare, al limite, ad una diversa situazione reale stabilita tra il principale e (ciascun) terzo, in virtù di una rilevanza autonoma (sempre, ovviamente, nei confronti di ciascun terzo) del conferimento iniziale; aggiungendo ora la precisazione (ormai scontata, in ragione delle argomentazioni svolte nel testo) che questa possibilità non pare invece, allo stato delle cose, correttamente ipotizzabile, proprio perché il sistema della rappresentanza civile non sembra affatto concepire — come fattispecie alternativa ed equivalente rispetto alla procura — quella pluralità di rapporti con i terzi, su cui si innesta il potere rappresentativo del preposto, che abbiamo visto realizzata invece per la rappresentanza nell'impresa attraverso il meccanismo fattuale e pubblicitario della preposizione (ossia attraverso una *riconosciuta* fattispecie equivalente rispetto al conferimento), e che è d'altronde realizzata anche (con prassi che sfida le ricostruzioni dogmatiche, come vedremo subito) per l'*apparent agency* di *common law*.

È evidente che il passaggio dall'una all'altra classificazione delle fattispecie — eliminando il ricorso al principio dell'apparenza — sarebbe possibile proprio sulla base di un fecondo ripensamento critico del sistema codificato, talvolta d'altronde proiettato (dalla dottrina e dalla giurisprudenza, e più o meno indebitamente e consapevolmente) oltre la norma attuale e verso quella in gestazione.

Gli spunti qui ripresi sono stati introdotti nelle precedenti note 141, 142, 143, e nel testo ad esse corrispondente.

ulteriori e nuovi profili di interesse nei rilievi analitici comparatistici e riassuntivi su cui si articoleranno ora gli ultimi settori della presente indagine.

b) Occorre adesso, tuttavia, e proprio con riguardo anche a quanto testé accennato, inquadrare sommariamente l'ulteriore problema in cui avevamo individuato, come si ricorderà ⁽¹⁹³⁾, il secondo profilo presentato dalla gestione institoria (del tutto indipendentemente da ogni creazione illusoria di apparenza, su cui il discorso è definitivamente esaurito).

Si tratta, invero, di stabilire se la rilevanza dell'*esteriorizzazione*, riscontrata come condizione sufficiente del potere gestorio e rappresentativo dell'impresa (in quanto affatto surrogativa di ogni altra e qualsiasi manifestazione di volontà del preponente) ne sia anche, o meno, condizione necessaria; ovvero, in altre parole, se l'esteriorizzazione si prospetti in contrapposizione e come indispensabile superamento (sotto questo profilo) del rapporto gestorio nella sua *consistenza intrinseca*, oppure se precisamente da quest'ultima reclaims la propria efficacia, al punto da risultarne subordinata e, al limite, da poter essere da essa sostituita quale valido fondamento di un principio rappresentativo efficace pur se indiretto o, se così si preferisce, di un principio di imputazione.

Che questo problema si presenti anche come preliminare, o meglio (in dipendenza della soluzione di diritto positivo) collegato a quello dell'ammissibilità dell'imprenditore occulto, ha in questa sede — giova sottolinearlo — scarsissima importanza. Altro è rinvenire, nella normativa destinata a fissare le conseguenze dell'interposizione gestoria nell'impresa, una soluzione — o un indizio — che valga a determinare la scelta concretamente esercitata dall'ordinamento con riguardo ad un particolare fenomeno; altro è risalire alla costruzione logica che consente quel risultato — senza neppure eventualmente circoscriverlo — razionalizzando tutta una sfera di operazioni giuridiche alla luce dell'utilizzazione

⁽¹⁹³⁾ Cfr. sopra, alla p. 324.

di uno strumento che possa o debba considerarsi peculiare delle strutture concettuali fondamentali dell'ordinamento (così come, conversamente, potrebbe essere invece affatto sconosciuto ad altri ordinamenti) (¹⁹⁴).

Nel primo senso, abbiamo già indicato a suo tempo (ma senza identificarne la portata e i limiti) (¹⁹⁵) l'innegabile tendenza, inerente a talune norme, a porsi al di fuori di ogni consueta caratterizzazione della rappresentanza diretta, in funzione soprattutto (¹⁹⁶) del rilievo che può assumere il collegamento dei singoli atti ove questi siano coordinati allo svolgimento di un'attività; ai nostri fini queste constatazioni sono sufficienti, non essendo invero pensabile di apportare in questa sede ulteriori contributi ad una definizione più specifica dei problemi relativi alle varie fattispecie di mancata spendita del nome nell'esercizio (occulto e indiretto) di un'impresa (¹⁹⁷). Nel secondo senso, che è quello sul quale il nostro discorso deve più penetrantemente incentrarsi, si tratta invece di stabilire se vi è un criterio di fondo al quale i risultati parziali enucleati dalla disciplina positiva siano da ricondursi; si tratta cioè di fissare un'eventuale presenza nuova nel nostro ordinamento (appunto l'affermazione di una gestione illimitatamente efficace in capo all'interessato ancorché non esteriorizzata), tale da costituire l'ultimo anello della catena di istituti e di nozioni che siamo venuti delineando; e di verificarne allora i limiti di applicazione nei punti di forza e in quelli di cedimento, in altre parole nei nuovi confini concettuali e nelle possibili direttrici di razionalizzazione.

(¹⁹⁴) La cosa si comprende se si pensa, ad es., al *trust*: si sa che, in una conversazione con Maitland, Gierke aveva dichiarato di « non poter capire il *trust* » (MAITLAND, *Equity*, cit., p. 23). È chiaro che non si tratta di ricavare dalla disciplina positiva l'esistenza o meno di un istituto — cosa di per sé agevole —, ma di individuarne l'essenza, i modi di operare, l'estensione.

(¹⁹⁵) Cfr. sopra, alle pp. 251 ss.

(¹⁹⁶) Ma non esclusivamente: ricordo quanto rilevato innanzi alla nota 35.

(¹⁹⁷) Un recentissimo, esauriente, riesame dello stato della questione è quello compiuto dal PAVONE LA ROSA, *La teoria dell'« imprenditore occulto » nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 623.

A tale scopo, anche la pietra di paragone dell'*agency*, utilizzata in ogni sua dimensione compatibile con intenti assimilativi, e d'altronde per taluni aspetti necessariamente demistificata, contribuirà ad indicarci le formule conclusive di questo tentativo di primo assestamento dei fenomeni critici considerati.

δ) Affermare senz'altro, a questo punto, che gli argomenti trattati in questa ricerca (dalla responsabilità vicaria alla rappresentanza apparente, dal potere gestorio di fatto alla problematica dell'esteriorizzazione) trovano tutti riscontro, con puntuale terminologia ed adeguata articolazione, negli ordinamenti di *common law*, sarebbe fare troppo onore ad un'esperienza giuridica ineguale, ed eccessivo affidamento in un sistema che sovente si rifiuta di essere tale.

« La *common law*, dato il suo modo di formazione — osserva pungentemente il GORLA ⁽¹⁹⁸⁾ —, è un arsenale di ferri vecchi e di buone armi che vi si conservano gli uni accanto alle altre ».

Ma soggiunge subito: « Anche i ferri vecchi possono in certe occasioni impugnarsi con successo » ⁽¹⁹⁹⁾.

Ed ecco che la corrosa dottrina dell'*undisclosed principal* ritorna a balenare alla luce del sistema degli *inherent agency powers*. È vero che, in sé, la teoria dell'*undisclosed principal* è ormai plurisecolare e non è mai stata disapplicata o ripudiata; ma le corti e gli scrittori, che pure riconoscono la validità di una soluzione consolidata, non avevano mai nascosto la propria perplessità a fronte di un fenomeno che nella stessa *common law* (se considerato nel quadro dei principî regolatori dell'efficacia del contratto tra le parti) si presenta come anomalo ⁽²⁰⁰⁾, com-

⁽¹⁹⁸⁾ *Il contratto*, I, cit., p. 399.

⁽¹⁹⁹⁾ *Ibid.*

⁽²⁰⁰⁾ Oltre ad alcune note di commento del POLLOCK, in 3 *Law Quart. Rev.* (1887), 358; 9 *Law Quart. Rev.* (1893), 111; 14 *Law Quart. Rev.* (1898), 2, 5; cfr. AMES, *Undisclosed Principal. His Rights and Liabilities*, in 18 *Yale Law Journ.* (1909), 443; HOLMES, *The History of Agency*, in *Collected Legal Papers*, cit., pp. 49, 81 ss.

portando che gli effetti di un negozio stipulato fra l'*agent* (*A*) e il terzo (*T*) si estendano — per di più alternativamente, attraverso un complesso e talvolta incongruo procedimento di *election* da parte di *T* ⁽²⁰¹⁾ — ad un principale (*P*) sconosciuto, con il quale *T* non intendeva contrattare e su cui non faceva affidamento: risultato che rasenta poi l'assurdo, quando *A* non è autorizzato da *P* al compimento di quel negozio, né *T* può essere indotto da qualsivoglia manifestazione di esteriorizzazione o di apparenza a ritenere che l'autorizzazione di *P* vi sia, posto che di *P* ignora financo l'esistenza ⁽²⁰²⁾.

Se non mancano i tentativi — tipici, d'altronde, dell'ambiente giuridico anglosassone — di circoscrivere e condizionare l'applicazione di tali regole, sulla base di una rigorosa individuazione delle distinzioni che componenti di fatto diverse introducono in una serie indefinita di situazioni, in linea di massima l'*undisclosed agency* non solo fa oggi parte del patrimonio operativo e culturale degli ordinamenti di *common law*, ma è apertamente difesa e rivalutata proprio dagli scrittori che più di recente e autorevolmente se ne sono occupati ⁽²⁰³⁾, rintracciandone le giustificazioni storiche e d'ordine pratico, e razionalizzandone persino quell'aspetto (la c.d. *apparent authority* ad essa

⁽²⁰¹⁾ È noto che la scelta alternativa tra responsabilità del mandante e del mandatario è appunto una caratteristica dell'*agency*, che il BIGIAMI, *Difesa ecc.*, cit., pp. 187-8, 300, ritiene opportuna, anche ai fini di rendere più ragionevole la responsabilità del principale occulto; ma la regola è oggi invece soggetta a vivaci critiche nel mondo giuridico anglosassone, soprattutto per le difficoltà di applicazione; cfr. MECHEM, *Outlines of the Law of Agency*, cit., pp. 102-5; e, sia pure con varie sfumature, v. anche SEAVEY, *Handb. of the Law of Agency*, cit., p. 133; HILL, *Some Problems of the Undisclosed Principal*, in *The Journ. of Business Law*, 1967, 122; nonché una nota in *81 Law Quart. Rev.* (1965), 164.

⁽²⁰²⁾ Cfr. *Watteau v. Fenwick*, cit., e *infra*.

⁽²⁰³⁾ Per tutti: SEAVEY, *Studies in Agency*, cit.; ID., *Handb. of the Law of Agency*, cit.; MECHEM, *Outlines etc.*, cit.; STOLJAR, *The Law of Agency*, cit.; MÜLLER-FREIENFELS, *The Undisclosed Principal*, in *6 The Am. Journ. of Comp. Law* (1957), 165; HIGGINS, *The Equity of the Undisclosed Principal*, in *28 Modern Law Rev.* (1965), 167.

talvolta collegata) che costituisce una palese contraddizione in termini ⁽²⁰⁴⁾.

Ovviamente, questa ricomposizione logica del sistema dell'*agency*, avviata negli ultimi anni soprattutto dal SEAVEY ⁽²⁰⁵⁾ ma affidata ormai ad una copiosa letteratura, è intrinsecamente difficile, se non (come dirò) impossibile. Né ci si propone qui di render conto esaurientemente di un argomento sul quale si diffonde una mole enorme di materiale, traboccante nelle biblioteche di tutto il mondo ⁽²⁰⁶⁾. Tuttavia non sfuggiremo al com-

⁽²⁰⁴⁾ Si vedano ancora gli scrittori richiamati nella nota precedente. Naturalmente non mancano differenze di sfumatura nei vari atteggiamenti; inoltre è obiettivamente difficile valutare l'esatta portata di precedenti giurisprudenziali che tengono conto, come si diceva nel testo, di diverse componenti; ad es. *Watteau v. Fenwick*, pur fissando il principio della responsabilità dell'*undisclosed principal* anche per gli atti compiuti dal preposto *ultra vires*, sembra avvicinarsi per certi aspetti alle ipotesi di *dormant partners*, e limitarsi per altri aspetti ad una situazione di *reputed ownership* (così MECHEM, *Op. cit.*, pp. 114-116, ma v. SEAVEY, *Handbook*, cit., pp. 106 ss.).

⁽²⁰⁵⁾ *Studies in Agency*, cit.; da ultimo, nettamente, in *Handbook*, cit.; tutti i relativi principi sono anche contenuti, ma in forma di regole analiticamente desunte dai precedenti giurisprudenziali, in *Restatement, Second, Agency*, St. Paul, 1958, di cui d'altronde SEAVEY è stato reporter.

⁽²⁰⁶⁾ In considerazione della vastità della letteratura sull'argomento, e della natura di questo rapido *excursus* che intende dare dell'*agency* un panorama generale, mi limito a segnalare qui di seguito le opere da me più largamente utilizzate, fornendone per comodità tutte le relative indicazioni bibliografiche, anche se già precedentemente citate.

Per la letteratura inglese: HANBURY, *The Principles of Agency*², London, 1960; POWELL, *The Law of Agency*², London, 1961; FRIDMAN, *The Law of Agency* London, 1960; HIGGINS, *The Equity of the Undisclosed Principal*, in 28 *Modern Law Rev.* (1965), 167; inoltre, sul diritto dell'*agency* anglo-americano in generale: STOLJAR, *The Law of Agency. Its History and Present Principles*, London, 1961. Per la letteratura americana: HOLMES, *The History of Agency*, in 4 *Harvard Law Rev.* (1891), 345, e 5 *Harvard Law Rev.* (1891), 1, ora in *Collected Legal Papers*, New York, 1920 (rist. 1952), 49, 81; F.R. MECHEM, *Outlines of the Law of Agency*⁴, (ed. P. MECHEM), Chicago, 1952; SEAVEY, *Studies in Agency*, St. Paul, Minn., 1949; ID., *Handbook of the Law of Agency*, St. Paul, Minn., 1964; SEAVEY, HALL, *Cases on the Law of Agency*, St. Paul, Minn., 1956; American Law Institute, *Restatement of the Law, Agency 2d*, St. Paul, Minn., 1958; PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*³, St. Paul, Minn., 1964; FRASCONA, *Agency*, Englewood Cliffs, N.J., 1964.

Per la letteratura continentale: LEVY-ULLMANN, *La contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques*, in BALOGH, ed., *Actorum Accademiae Universalis Jurisprudentiae Comparativae*, I, Bero-

pito, che ci siamo prefissi, di ricavare sommariamente dalla storia, dalla disciplina e dall'analisi critica dell'*agency* quei punti salienti che non solo sono il necessario riscontro dell'argomentazione che andiamo svolgendo sui problemi sistematici della rappresentanza nel nostro diritto, ma attraverso i quali, al tempo stesso, riteniamo — da osservatori esterni — di aver enucleato gli sviluppi più rilevanti del fenomeno in sé considerato (quanto meno, al di là dei tecnicismi, nel flusso degli elementi idonei a costituire patrimonio comune della scienza giuridica).

Riprendiamo l'angolo visuale da cui questa analisi muove: le connessioni e contrapposizioni più delicate che avevamo dovuto mettere in rilievo sono quelle tra apparenza, esteriorizzazione, e consistenza intrinseca del potere di gestione. Come si è svolta la dottrina dell'*agency* a questo riguardo?

Ancora una volta, ci troviamo di fronte ad una prima affermazione sconcertante: « The apparent authority is the real authority »; qui sembra che Lord ELLENBOROUGH⁽²⁰⁷⁾ anticipi di almeno un secolo la problematica — ancor viva, come abbiamo visto — della relazione dialettica tra apparenza e realtà.

Le cose, in effetti, non stanno proprio in questi termini: come spesso avviene negli scrittori e nei giudici di *common law*, che non vanno tanto per il sottile, sul rigore dogmatico prevale non dirò il gusto della frase, ma quello della constatazione quasi compiaciuta delle contraddizioni e dei contrasti; ma resta pur vero che (confondendosi di fatto i fenomeni del potere reale e di quello apparente, soprattutto in funzione dell'ambiguità di quest'ultima caratterizzazione) in quell'impostazione non è diffi-

lini, Londini, Parisii, 1928, 341; WÜRDINGER, *Geschichte der Stellvertretung (Agency), in England. Ein Beitrag zur Entwicklung des englischen Privatrechts*, Marburg, 1933; POPESCO-RAMNICEANO, *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, Paris, 1927; RIGAUX, *Le statut de la représentation*, in *Bibliotheca Visseriana*, XX, XXXVII, Lugduni, 1963; MÜLLER-FREIENFELS, *The Undisclosed Principal*, in *16 Modern Law Rev.* (1953), 299; ID., *Law of Agency*, in *6 The Am. Journ. of Comp. Law* (1957), 165; V. TEDESCHI, *Profilo dell'agency nel diritto nordamericano*, Milano, 1961.

(207) *Pickering v. Busk*, 15 East (1812) 38, 39.

cile rinvenire mezze verità illuminanti, storicamente ricorrenti, e per di più — come vedremo subito — definitivamente riemergenti nel momento attuale.

La *common law* ⁽²⁰⁸⁾ non ha mai sviluppato, come è intuitivo, un principio generale ed astratto di apparenza; ma la *c.d. apparent authority* come possibile fondamento dell'*agency* (ossia del rapporto che implica un potere gestorio) è una delle nozioni fondamentali affermatesi in questo settore, ed in cui si è individuata una delle fattispecie costitutive (come diremmo noi) del rapporto di *agency*. Ma è dubbio che si sia mai pensato del tutto consapevolmente all'*apparent authority* come ad un'autorizzazione illusoria da parte di *P*, piuttosto che come ad un'autorizzazione fondata sulla manifestazione di *P* ai terzi anziché su di un conferimento di *P* ad *A* (indicato correntemente come *real authority*); oggi non è neppure possibile parlare di dubbio, tanto nette e perentorie sono le ricostruzioni intese ad identificare nell'*apparent authority* e *apparent agency* un fenomeno non già di creazione illusoria, bensì di esteriorizzazione o manifestazione di realtà rivolta ai terzi, e fra l'altro graduabile anch'essa nelle modalità e nel contenuto (esplicita, implicita, usuale ecc.) ⁽²⁰⁹⁾.

Fino a questo punto sembrerebbe dunque che non possa aversi *agency* (potere gestorio) senza un effettivo conferimento ad *A*, o senza un'effettiva autorizzazione manifestata a *T*: e si noti che la netta distinzione tra l'uno e l'altro caso importa che nel secondo caso il rapporto su cui si innesta il potere gestorio di *A* sussista e sia reale soltanto in relazione a *T*, ossia a ciascuno dei terzi ai quali è in concreto manifestato, proprio come avevo prospettato a suo tempo con riguardo alla nostra rappre-

⁽²⁰⁸⁾ È superfluo segnalare che uso l'espressione in senso solo parzialmente tecnico, intendendo con essa riferirmi anche all'*equity*, nel cui campo specifico di applicazione rientrano proprio molte fra le regole dell'*agency*.

⁽²⁰⁹⁾ Per una classificazione particolarmente minuziosa cfr. la più recente fra le trattazioni sull'argomento: FRIDMAN, *The Law of Agency*, cit., pp. 81 ss., 140 ss.

sentanza nell'impresa, pur tenendo conto dell'incidenza su quest'ultimo fenomeno del sistema di pubblicità e del concetto di preposizione, *entrambi estranei o senza rilievo* — come l'idea di procura, del resto — rispetto all'agency di common law. È evidente inoltre che l'articolazione dell'agency testé descritta comporta un'altra conseguenza ancora, e cioè una sostanziale irrilevanza della *contemplatio domini*, o almeno una mancata enucleazione consapevole di tale elemento ⁽²¹⁰⁾, anche nei casi in cui — esplicitamente, o più spesso implicitamente — esso sussiste ed opera nei confronti di *T* (*disclosed agency*, corrispondente alla nostra rappresentanza diretta).

In realtà, il sistema dell'agency ha proceduto molto al di là del confine di ogni possibile razionalizzazione basata su schemi individualistici e volontaristici, e ciò sia sotto il profilo dell'assenza di ogni forma di *authority*, reale o apparente (si legga: con conferimento *ad instar* di procura, o con esteriorizzazione di fatto — o anche, in ipotesi, illusoria), sia — come appunto è noto — sotto il profilo dell'assenza, nei casi di *undisclosed agency*, di ogni riferimento al *dominus* o *P*, rappresentato peraltro da *A* a tutti gli effetti (secondo la formula della nostra c.d. rappresentanza indiretta, cui sia riconosciuta però piena efficacia).

In questo lungo viaggio dell'agency, le implicazioni erano rimaste sovente inavvertite od oscure: per chiarirle pienamente, si sono dovuti sottoporre, per così dire, ad una prova di resistenza sistematica, costituita da un ripensamento congiunto, precisamente i due fenomeni (sempre considerati separatamente, anche quando cumulativamente) dell'*apparent authority* e dell'*undisclosed agency* ⁽²¹¹⁾.

L'analisi della vicenda di *Watteau v. Fenwick* rivela per vero una circostanza cui avevamo già fatto cenno e che, per

⁽²¹⁰⁾ È chiaro che si potrebbe ripetere qui tutto ciò che è stato rilevato all'inizio di questo discorso, circa l'ambiguità della *contemplatio domini*, non senza sottolinearne la scarsa significatività in diritto romano.

⁽²¹¹⁾ HAND, in *Kidd v. Thomas A. Edison, Inc.*, 239 F. (1917), 405; SEAVEY, *Studies etc.*, cit.; *Restatement, Second, Agency*, cit.

quanto sorprendente, non è perciò meno ovvia: e cioè che, nella misura in cui si considera inopponibile a *T* l'eccesso di potere di *A* (preposto all'esercizio di un'impresa) rispetto alle istruzioni di *P*, quando questi sia *undisclosed*, ossia occulto, l'*agency* efficacemente posta in essere da *A* non può ricondursi né ad una *real authority* (in ipotesi non conferita) né ad una *apparent authority* che, sempre in ipotesi, non poteva certo essere stata manifestata a *T*, considerato il semplice fatto che *T*, da parte sua, ignorava l'esistenza stessa di *P* come principale di *A*. In altre parole, la somma degli effetti dell'*undisclosed agency* e dell'*apparent authority* in un'unica situazione non poteva non riguardarsi come assurda finché il risultato (accolto peraltro come un dato giurisprudenziale ineliminabile) veniva ricondotto precisamente, come pure ci si ostinava a fare, ad una nozione di *apparent authority* chiaramente inoperante ed inapplicabile nel caso considerato ⁽²¹²⁾.

Di qui l'individuazione di un primo punto base, su cui fondare un'intiera nuova categoria di c.d. *inherent agency powers*, estesa a ricomprendere tutte le circostanze ⁽²¹³⁾, analoghe a quelle denunciate così esemplarmente dall'ipotesi di eccesso di poteri segreti, e in cui il potere di *A* non deriva manifestamente né dalla volontà di *P*, né da un fatto oggettivo di esteriorizzazione di un'*authority* a questi riferibile, sia pure presuntivamente.

Per la verità, sarebbe ora agevole da parte nostra dimostrare che la costruzione degli *inherent agency powers* non sarebbe stata strettamente necessaria proprio in relazione all'ipotesi testé esaminata: in essa, la difficoltà non consiste certo, sotto il profilo logico, nell'estendere a *tutta* la sfera di attività, che noi chiameremo institoria, i poteri del preposto segreto, quand'anche l'occulto preponente li abbia (sempre, per forza di cose, esotericamen-

⁽²¹²⁾ È singolare come tutte le varianti, anche di dettaglio, del sistema considerato (così, ad esempio, quella che riporta al criterio della *reputed ownership*, più volte ricordato) sembrino ricalcare modelli romanistici (si pensi, correlativamente, al peculio).

⁽²¹³⁾ Se ne confronti una precisa elencazione nella succinta ma lineare trattazione di FRASCONA, *Agency*, cit., pp. 62-3, 76.

te) limitati; questo particolare ostacolo è per vero superabilissimo, sol che si utilizzi la nozione stessa di preposizione institoria (che peraltro, nella sua pregnante connessione con l'attività di impresa unitariamente considerata, non è stata enucleata in sede di *common law*, ove si ha riguardo frammentariamente al *general agent*, allo *shop manager* ecc., e si è preferito pertanto il ricorso, alternativamente, alle nozioni di *apparent* o *inherent agency* applicate a tali figure, per la soluzione del problema in esame) ⁽²¹⁴⁾.

La vera difficoltà, invece, consisteva ovviamente nel fondamento stesso dell'*undisclosed agency*, in quanto si trattava e si tratta di dare spiegazione non già del fatto che *P*, benché occulto, debba rispondere degli atti non autorizzati compiuti da *A* nel corso della sua attività di preposto, bensì del fatto che proprio a *P* debbano essere ricondotti tutti gli effetti degli atti, autorizzati o no, che *A* ha compiuto senza spendere il nome e persino senza rivelare l'esistenza di *P*. Ma, da un lato, abbiamo già visto che questo è soprattutto un punto di vista continentale, condiviso più che altro dagli scrittori di *common law* che sono entrati in fugace contatto con la pandettistica ⁽²¹⁵⁾; dall'altro lato, l'approfondimento critico del fenomeno dell'*undisclosed agency* non può non ricondurre di per sé, come si noterà subito, al discorso degli *inherent agency powers*, e quindi sotto questo profilo la linea di ricerca, di cui abbiamo contestato la necessità con riguardo alle

⁽²¹⁴⁾ Cfr., ad es., STOLJAR, *Op. cit.*, pp. 42 ss. Tuttavia, anche i principî in cui emerge chiaramente il riferimento all'esercizio dell'impresa (o *course of business*) sono enunciati a più riprese, ad es. nel famoso *Hubbard v. Tenbrook*, 124 Pa. (1889), 291, in cui dando per scontata la regola dell'*undisclosed agency* si afferma: « To allow an undisclosed principal to absorb the profits, and then when the pinch comes, to escape responsibility on the ground of orders to his agent not to buy on credit, would be a plain fraud on the public. No exact precedent has been cited. None is needed ». Conf. SEAVEY, *Handbook*, cit., p. 107.

⁽²¹⁵⁾ Su queste influenze cfr. MÜLLER-FREIENFELS, *The Undisclosed Principal*, cit., a p. 311; HIGGINS, *The Equity of the Undisclosed Principal*, cit., a p. 179, rileva l'apporto, attraverso il Pothier, del consensualismo kantiano; cfr. anche STOLJAR, *Op. cit.*, p. 21, nota 6.

situazioni di eccesso di potere, conserva una sua autonoma validità con riguardo all'*undisclosed agency*: come dire, con riguardo ad un potere gestorio (autorizzato) occulto ma efficace in capo all'interessato.

Di una teoria oscura e tormentata sono, in genere, oscure anche le origini. Così è dell'*undisclosed agency*; ma qui bisogna ancora una volta distinguere tra la produzione dei risultati, e l'affermazione della dottrina che ne è fondamento. Mentre, quanto ai primi, se ne ritrovano tracce in decisioni anche medievali ⁽²¹⁶⁾, peraltro troppo frammentarie e circoscritte per inferirne un sicuro contesto, quanto alla seconda è opinione generale che si sia formata nel momento stesso in cui Lord MANSFIELD affermava che essa « era consolidata da tempo » ⁽²¹⁷⁾; ma l'unico precedente giurisprudenziale che sembra anticipare questa constatazione è quanto mai controverso ⁽²¹⁸⁾, e occorre attendere una decisione del 1829, *Thomson v. Davenport* ⁽²¹⁹⁾, perché il fenomeno dell'imputazione ad un *undisclosed principal* venga definito « un principio generale dell'ordinamento » ⁽²²⁰⁾.

Sarebbe mera pedanteria rifare la storia delle giustificazioni che sono state escogitate per questo « principio generale ». Se la rappresentanza diretta del nostro ordinamento viene comunemente considerata un'elaborazione concettuale di alta complessità, questo tipo di gestione con rappresentanza indiretta piena-

⁽²¹⁶⁾ *Randolph v. Abbot of Hailes*, 687 Edw. 2 (1313-14) (Selden Soc., vol. 27), 32; *Alford v. Eglishfield*, 2 Dy. (1564), 230b. Ho già accennato altrove ad una delle possibili prime esemplificazioni di gestione senza spendita del nome del principale, quella del fattore o *bailiff* (PLUNCKNETT, *The Medieval Bailiff*, London, 1954, p. 30). Ma si tratterebbe evidentemente di una di quelle ipotesi che presso di noi sono già state definite di imprenditore occulto-palese; alla sottigliezza di quest'ultima classificazione la letteratura di *common law* sull'*undisclosed agency* non può, tuttavia, che restare indifferente.

⁽²¹⁷⁾ *Hoare v. Dawes*, 1 Doug. (1780), 371, 373; *Rabone v. Williams*, 7 T. R. (1785), 360.

⁽²¹⁸⁾ *Scrimshire v. Alderton*, 2 Stra. (1743), 1182.

⁽²¹⁹⁾ 9 B. & C. (1829), 78, 90.

⁽²²⁰⁾ V. tuttavia ancora in seguito *Armstrong v. Stokes*, L. R. 7 Q. B. (1782), 598, 604; e la relativa discussione in STOLJAR, *Op. cit.*, pp. 211 ss.

mente efficace assume tutte le caratteristiche di mistero, sul piano dei concetti giuridici consolidati, dell'autentico miracolo.

La verità è che attraverso un procedimento illogico (o considerato tale alla luce di schemi inadeguati) si può pervenire ad un risultato congruo con le esigenze della pratica. D'altronde quella che sembrerebbe l'alternativa più ragionevole, ossia un adeguamento degli schemi che consenta di operare su di essi con sufficiente rigore logico, non è in genere attuabile se non attraverso una radicale revisione del sistema giuridico utilizzato, che non può compiersi tutta in una volta, ma solo mediante modifiche o dilacerazioni successive.

Quando si inizia il processo con cui l'esperienza antilogica si trasforma in revisione critica, nel diritto vivente si contrappongono così sistema e antisistema.

Presso di noi, questa fase può forse considerarsi aperta; in *common law*, sembra ormai avviata a conclusione.

Vi è stato un momento, per vero, in cui la contrapposizione tra il principio consensualistico e la *privity of contract* da un lato, e i principî dell'*agency* dall'altro ⁽²²¹⁾, aveva necessariamente assunto toni drastici e radicali ⁽²²²⁾.

Il superamento dell'*impasse* si è avuto peraltro attraverso un metodo efficace, ma non altrettanto persuasivo; dove cessava la logica, tuttavia, interveniva appunto quell'esperienza, che vorrei definire paralogistica.

In breve, il ragionamento adottato, e che faceva perno sui concetti che abbiamo qui illustrato in misura sufficiente per consentirne ora l'applicazione, era sostanzialmente il seguente: se in

⁽²²¹⁾ Cfr. MÜLLER-FREIENFELS, *The Undisclosed Principal*, cit., e le belle pagine di LAWSON, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, Ann Arbor, 1953, pp. 119-124.

⁽²²²⁾ È significativo che l'ultimo tentativo in ordine di tempo (dopo quelli in chiave di *assignment*, *trust*, e *assumpsit*: cfr. MECHEM, *Op. cit.*, p. 97; STOLJAR, *Op. cit.*, pp. 30 ss., 228 ss.) di risolvere la contraddizione richiamandosi al diverso fondamento contrattuale (la *consideration*), tipico originariamente del diritto inglese, sia quello di uno scrittore continentale: MÜLLER-FREIENFELS, *Op. ult. cit.*; agli antipodi è invece il metodo del taglio netto tra *contract* e *agency* adottato da SEAVEY, *Handbook*, cit., pp. 104-105.

taluni casi anziché il conferimento di potere gestorio ad *A* rileva la sua esteriorizzazione a *T*; e se in altri casi è agevolmente dimostrabile che neppure l'esteriorizzazione può essere invocata a fondamento effettivo del potere gestorio; ne deve conseguire che tale potere è indipendente dall'uno e dall'altro fattore, e si innesta quindi sulla consistenza intrinseca del rapporto di *agency*, cui partecipano *P*, *A* e *T* ⁽²²³⁾. È evidente che la scomposizione dell'*agency* nei due momenti dell'*authority* e del *power*, e la contemporanea e consueta trascuranza di quel fattore strettamente rappresentativo che per comodità indicherò con l'espressione *contemplatio domini*, portano a questo punto ad un salto logico; infatti: o la difficoltà di rendere direttamente partecipi (degli effetti) di un negozio due soggetti, di cui uno è addirittura ignoto all'altro, non si prospetta neppure; ovvero essa non è eliminata rintracciando la *fonte* del potere del preposto, dato che occorre appunto giustificare l'*efficacia* rappresentativa del potere stesso.

È quest'ultimo passaggio che importa le note divergenze di valutazione sul merito della soluzione, fatte oggetto di ampia discussione anche nella nostra letteratura giuridica, e che necessariamente si riducono ad un apprezzamento comparativo degli interessi, o delle serie di interessi in contrasto. Si tratta dell'aspetto più risaputo, anche presso di noi, della dottrina dell'*undisclosed agency*, e saranno sufficienti pertanto brevissimi cenni: è noto che, ancor oggi, l'equità e la ragionevolezza della dottrina si giustificano, in ultima analisi, come da molti decenni a questa parte, con il ricorso alla « desiderabilità » dei risultati ⁽²²⁴⁾ sulla base dei « principî mercantili » ⁽²²⁵⁾ e della « convenienza dei traffici » ⁽²²⁶⁾, ancorché sia evidente che gli argomenti avanzati al

⁽²²³⁾ Si ha qui quel fenomeno di tutela « di ritorno » che avevo anticipato prima, alla nota 136.

⁽²²⁴⁾ MECHEM, *Op. cit.*, p. 98.

⁽²²⁵⁾ POLLOCK, in 14 *Law Quart. Rev.* (1898), 5.

⁽²²⁶⁾ SEAVEY, *Studies*, cit., p. 201; *Handbook*, cit., p. 102.

riguardo siano tutt'altro che decisivi (227). È stato persino sottolineato, di recente, che la regola non è oggetto di lamentele o di richieste di revisione da parte della comunità mercantile, per solito sollecita ad avanzare clamorosamente consimili istanze, e che ciò contribuisce a confermare, almeno presuntivamente, l'opportunità della regola stessa (228).

Sembra, tutto sommato, doversi ancora convenire con quel giudice, secondo il quale senza le regole dell'*agency*, che la *common law* è venuta elaborando, « indeed the business of London could not go on » (229).

La ricostruzione giuridica di un sistema sulle fragili fondamenta, e talvolta sulle spoglie, di considerazioni empiriche in cui si accavallano elementi storico-economici stratificati e pertinenti a diverse epoche di sviluppo, è stata tuttavia felicemente imposta (ed imposta) dai più recenti indirizzi giurisprudenziali e dottrinali, che hanno operato con notevole rigore sulle componenti classiche dell'*agency*, identificandone i momenti veramente essenziali.

Quando rilevavo, poc'anzi, che la razionalizzazione formale dell'*undisclosed agency* attraverso la svalutazione dell'esteriorizzazione (ancorché in ipotesi confermata *aliunde*, e cioè con la controprova ricavata — erroneamente — dal caso di eccesso di poteri segreti), e il successivo ripiegamento più sostanziale sui motivi di tutela del traffico commerciale, non potevano svolgere un ruolo persuasivo nella dinamica logica dell'argomento, avrei potuto aggiungere che per l'*undisclosed agency*, o gestione segreta, l'eliminazione dell'*authority* dal quadro della consistenza

(227) Ad es., l'idea che chi ha beneficiato dei profitti debba sopportare le perdite, e che i terzi debbano poter fare affidamento sul precedente « assorbimento » dei profitti da parte dell'impresa, avrebbe valore solo se vi fosse la possibilità di istituire un vero e proprio « bilancio » per tutte le imprese; altrimenti, la limitazione alla *reputed ownership* dovrebbe apparire più ragionevole. Si aggiunga che la dottrina dell'*undisclosed agency* non viene esplicitamente limitata alle attività imprenditrici.

(228) SEAVEY, *Op. loc. ult. cit.*

(229) *Smith v. McGuire*, 3 H. & N. (1858), 554, 561.

intrinseca dell'istituto, non solo era da un lato insufficiente ai fini del rinvenimento di un diverso punto di sostegno per l'efficacia rappresentativa, ma poteva anche, dall'altro lato, profilarsi come del tutto superflua e persino inesatta ove si fosse voluto inferirne una conferma della natura extra-volontaristica e, per così dire, meramente oggettiva degli *agency powers*. È indiscutibile infatti che, di per sé, la gestione segreta può essere, ed in genere è (²³⁰), basata sul conferimento del relativo potere gestorio dal principale al preposto: è cioè non solo suffragata da *authority* ma (necessariamente) da quella sottospecie di essa che è la *real authority* (in contrapposto all'*apparent authority* che è, come abbiamo visto, la creazione dell'*agency* manifestata ai terzi).

È vero piuttosto — ed in ciò consiste la validità della separazione del *power* dall'*authority* anche nel caso dell'*undisclosed agency*, dal quale si è potuto anzi, così, ricavare un decisivo contributo al perfezionamento di quell'intuizione — è vero, dicevo, che sotto il profilo della relazione instaurata dall'*agent* con il terzo, quel conferimento di potere gestorio, che pure c'è, non essendo manifestato nè dovendosi manifestare (²³¹) è come se non ci fosse: come dire che l'*authority*, anche se presente, in effetti non è necessaria.

Ma allora ciò significa che (allo stesso modo in cui l'esteriorizzazione è talvolta sostitutiva, come abbiamo visto, della concreta volontà del preponente) vi sono casi in cui la consistenza intrinseca del rapporto tra il principale e il preposto è sostitutiva della sua esteriorizzazione, e produce gli stessi effetti allorché il preposto instaura una relazione giuridica con un terzo.

In altre parole (e rovesciando, come doveroso, i termini dell'argomentazione) poiché l'ordinamento di *common law* prevede, per regola consolidata, l'efficacia rappresentativa anche in caso di mancata esteriorizzazione del rapporto gestorio (nonché del con-

(²³⁰) Salvo appunto il caso di attività del preposto esorbitante dai poteri internamente conferitigli (ma, d'altronde, eventualmente conforme all'estensione inerente alla natura della proposizione).

(²³¹) Cfr. invece i nostri artt. 1388 e 1393 cod. civ.

ferimento del relativo potere, ancorché avvenuto) è giuocoforza concludere nel senso che, quale che sia la giustificazione pratica ed economica della regola, sul piano giuridico essa può ritenersi operante solo in virtù della relazione stessa di *agency*, la quale (nel suo aspetto esterno) si instaura allorché un soggetto, agendo per conto (ossia nella sfera di un preesistente rapporto) di un altro soggetto (con o senza l'autorizzazione di quest'ultimo, e con o senza la spendita del di lui nome) ⁽²³²⁾, crea un rapporto giuridico con un terzo ⁽²³³⁾.

Questo approccio al fenomeno globale della gestione mi appare, più ancora che valido e convincente, inevitabile e insostituibile, almeno per il momento.

Esso era nell'aria e nello spirito della *common law*; ma non è più circoscritto a quest'ultima. Se la manifestazione saliente dell'*agency* ne è dunque l'*inherent power*, diventa necessario comprenderne a fondo la portata e misurarne le possibili applicazioni.

È stato obiettato che il riferimento alla relazione di *agency* ed al potere che ne deriva denuncia l'inesistenza di quell'ulteriore supporto che dovrebbe essere all'origine di quella relazione, posto che si fa a meno della volontà delle parti ⁽²³⁴⁾; se ho ben compreso, si afferma trattarsi di qualcosa di simile a quella filosofia indiana, che asserisce che il mondo poggia su di un elefante, l'elefante su di una tartaruga, e la tartaruga non si sa su che cosa.

⁽²³²⁾ Ma purché, ovviamente, siano presenti altri fattori: essenzialmente organizzativi; e peraltro, anche la *common law* conosce (e confonde pur essa) i fenomeni di colpa o responsabilità, che vengono ricollegati allora alla c.d. *agency by estoppel*.

⁽²³³⁾ Naturalmente non si tratta di una definizione dell'*agency*, se non nella misura in cui riflette accuratamente la porzione di realtà, riferibile a quel concetto, che qui ci interessa. Ci soccorre qui la definizione che il SEAVEY ha dato delle definizioni, « descrizioni concise, e perciò stesso incomplete, di ciò che definiscono » (*Handbook*, cit., p. 2). E se ne veda una riprova esemplare nel metodo seguito nella trattazione dell'argomento, che muovendo dal punto centrale della relazione fiduciaria di *agency* (*ibid.*) si espande, per così dire, concentricamente, a dar ragione delle manifestazioni più singolari di forza che da quel rapporto vengono estrinsecate (*ivi*, pp. 11 ss., 43 ss., 100 ss., 141 ss.).

⁽²³⁴⁾ MÜLLER-FREIENFELS, *The Undisclosed Principal*, cit., a p. 310.

Ma quel supporto non è inesistente, bensì solo nascosto, e neppure in modo arcano, nella dottrina di POUND⁽²³⁵⁾, e di altri con lui: la relazione base, che ha messo in moto la macchina dell'*agency* e scuote le fondamenta della nostra rappresentanza, è il disegno organizzativo, in cui si articolano le attività aziendali, mercantili e industriali; non stupisce quindi che, come ho già accennato, l'altra grande categoria di *inherent agency powers* sia quella di cui sono investiti i dipendenti, i quali del proprio fatto illecito rendono responsabile il principale; va solo aggiunto qui che il fenomeno della responsabilità vicaria non viene neppure più trattato come l'estensione, o l'altra faccia, del meccanismo rappresentativo, ma viene al contrario considerato come il punto di partenza che ha consentito, *sia storicamente che logicamente*, di pervenire all'individuazione: degli aspetti oggettivi della gestione; della sua efficacia in termini di imputabilità indipendentemente da ogni riferimento, non che alla volontà, all'identità stessa del principale; e insomma dell'essenza della gestione, misurabile nella massima estensione consentita di volta in volta dall'ordinamento⁽²³⁶⁾.

Un'ultima, non secondaria, considerazione; ed il circolo sarà chiuso: la portata dell'efficacia della gestione, e l'incidenza della responsabilità vicaria, non vanno necessariamente prospettate in funzione dell'accelerato movimento dell'attività economica, ed in particolare dell'attuale fase di industrializzazione. I precedenti rintracciabili nella società romana ed in quella inglese sono troppo eloquenti. Il principio del rischio (oggi di impresa) si subordina ad un superiore principio organizzatorio, di cui non è forse che la manifestazione attuale più vistosa⁽²³⁷⁾.

⁽²³⁵⁾ « The common lawyer, on the other hand, thinks of the relation of principal and agent and of powers, rights, duties, and liabilities, not as willed by the parties, but as incident to and involved in the relation of principal and agent » (*The Spirit of Common Law*, Boston, 1921, rist. 1963, p. 21).

⁽²³⁶⁾ Magistralmente SEAVEY, *Handbook*, cit., pp. 15 ss., 100 ss., 141 ss.

⁽²³⁷⁾ Non a caso l'irrelevanza della spendita del nome è logicamente inerente al sistema romano. Sull'*actio institoria* si vedano le affermazioni del BUCKLAND: « The third party must know that the contract was connected with the business: whether

6. È osservazione ormai non nuova che i sistemi che attingono al fenomeno gestorio e rappresentativo nei vari ordinamenti vanno avvicinandosi, attraverso il movimento dei loro aspetti dialettici interni, pur provenendo da direzioni opposte.

Per quanto concerne l'*agency*, si può rilevare un costante e progressivo interesse per forme concrete di limitazione, nell'ambito della nozione consolidata, dell'immediatezza del rapporto instaurato tra il principale e il terzo dall'operato dell'*agent*, quando nelle modalità di questo siano radicalmente o deliberatamente assenti gli estremi che noi diremmo rappresentativi: si è quindi persino scoperto o riscoperto, recentissimamente, che può esistere, e deve esistere (ove risponda ad esigenze apprezzabili del traffico) la commissione, descritta come una sorta di singolare figura contrattuale escogitata dagli ordinamenti continentali (²³⁸).

Per quanto concerne la nostra rappresentanza, il discorso non dovrebbe essere, conversamente, più difficile, ma il cammino sembra più arduo. Ripercorrendo l'itinerario dall'*actio institoria* alla gestione rappresentativa moderna, si può osservare che, se l'esito pandettistico e la perdurante dogmatica della volontà hanno potuto ignorare per qualche tempo alcuni termini della problematica di cui abbiamo ora concluso l'esame, non hanno tuttavia potuto eliminarli dalla realtà, e (ad un certo punto) dalla legislazione positiva (²³⁹). Prenderne atto — senza tradire le esigenze di rigore della scienza giuridica, distorcendone gli strumenti od abusandone — ci è sembrato rientrare fra i compiti che siamo quotidianamente chiamati a svolgere; un'implicita esortazione è in SAVIGNY: « Il diritto non esiste per sé; la sua essenza è piuttosto solo la vita degli uomini osservata da un lato tutto particolare ».

he must know of the principal's connection with the business does not appear on the texts » (*A Text-book of Roman Law*², Cambridge, 1932, p. 535, e fonti cit. *ivi*).

(²³⁸) HILL, *Some Problems of the Undisclosed Principal*, cit.

(²³⁹) PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, cit.; MÜLLER-FREIENFELS, *The Undisclosed Principal*, cit., a pp. 316-317.

Il fatto è che il termine « rappresentanza » ha pesato eccessivamente, non solo sotto il profilo semantico ma anche sotto quello concettuale, sulla nostra sistematica.

Il fenomeno gestorio, disperso fra le varie fattispecie rappresentative e non rappresentative, e fra le varie componenti genetiche del mandato e dei contratti d'opera, di appalto e di lavoro, è stato oggetto di attenzione solo indiretta, ed anzi spesso la sua stessa identificazione è avvenuta in funzione dell'analisi di alcune di queste nozioni più consolidate.

La ricognizione del concetto di gestione, condotta su di una linea di ricerca unitaria, ed assecondata d'altronde dai più recenti indirizzi che anche la nostra legislazione e la nostra dottrina hanno saputo sviluppare, porta a constatare :

a) nelle matrici stesse dei moderni diritti di derivazione romanistica sono individuabili forme di gestione rappresentativa in senso lato, a base organizzativa e in funzione dello svolgimento di attività commerciali (*supra*, n. 2);

b) la costruzione della rappresentanza a carattere volontario, autonomo, formale, e qualificata da una *contemplatio domini* (per cui l'identificazione del principale debba necessariamente essere accessibile al terzo), è entrata in crisi (*supra*, numero 3), ed ha inserito elementi di tensione, già rilevati dagli interpreti, nello stesso impianto legislativo (*supra*, n. 4);

c) il principio della responsabilità vicaria *ex art. 2049* si estende all'illecito del dipendente consistente nella *culpa in contrahendo* costituita dall'assenza dei poteri rappresentativi dai quali il terzo ha ritenuto di poter dedurre la validità del negozio; tuttavia questa situazione è marginale (*supra*, n. 5, A); ciò che non è marginale è il principio gestorio per cui sia l'illecito del dipendente che l'attività negoziale del preposto vengono imputati, sia pure con conseguenze diverse (rispettivamente extra-contrattuali o contrattuali), al principale (*supra*, n. 5, C, δ);

d) il problema della contrapposizione tra c.d. rappresentanza apparente e forme di gestione rappresentativa reale indi-

pendenti dalla sussistenza del conferimento è più che mai attuale (*supra*, n. 5, *B*); tuttavia le fattispecie di rappresentanza apparente tuttora rintracciabili nel nostro ordinamento sono in funzione della ritardata enucleazione (al di fuori della rappresentanza nell'impresa) di nuove fattispecie equivalenti, sul piano della realtà giuridica, a quelle consolidate (*supra*, n. 5, *C*, α , β , γ);

e) le forme della rappresentanza nell'impresa sono indicative di un significativo allargamento del potere gestorio, in funzione dell'esteriorizzazione fattuale della preposizione e della sua estensione, nonché dell'impianto pubblicitario predisposto dall'ordinamento; ne emerge altresì un rapporto obiettivo e diretto tra il preponente (attraverso il preposto) e ciascun terzo, da cui si ricava la sussistenza di una pluralità di situazioni di gestione rappresentativa reale; ovviamente ciascuna di tali situazioni è collegata alle vicende che pongono ciascun terzo in rapporto con l'impresa, piuttosto che alle vicende interne del conferimento di rappresentanza in senso tradizionale (*supra*, n. 5, *C*, γ);

f) il fenomeno dell'efficacia rappresentativa diretta pur in assenza della spendita del nome dell'interessato (la cui estensione è discutibile, ma che è positivamente previsto, più o meno largamente, dai vari ordinamenti) costituisce una sorta di riconoscimento giuridico della rilevanza della gestione, già emergente dalla constatata frattura tra conferimento e potere, e che non è pensabile abbia altra spiegazione — al di fuori di quella empirico-economica — se non nel rapporto organizzatorio che ricorre come motivo conduttore tutte le volte che la problematica analizzata sembra riproporre i più gravi contrasti sistematici in tema di rappresentanza (*supra*, n. 5, *C*, δ).

Parlare di rappresentanza significava, sostanzialmente, partire dagli effetti e, nel risalire alle cause, presumere che queste dovessero coordinarsi a talune regole immutabili che, elaborate nel secolo scorso, costituiscono invece un momento transeunte nel panorama delle civiltà giuridiche.

Parlare di gestione significa individuare un nuovo elemento di inquadramento, una forza motrice, ed in ultima analisi un principio di causa efficiente degli aspetti salienti di una disciplina, la cui complessità è in diretta relazione con le svariate forme di organizzazione, dipendenza, subordinazione ed ausiliarietà fra i soggetti giuridici, soprattutto nell'esercizio delle attività economiche.

È singolare che una certa riluttanza a raccogliere tutte le indicazioni, che trasformano lo stesso sistema legislativo dall'interno, si ritrovi anche in chi ha più efficacemente contribuito a segnalare taluni aspetti più nuovi, che obiettivamente contrassegnano l'istituto della rappresentanza, nell'elaborazione concettuale degli ultimi decenni, e soprattutto nella vigente codificazione (²⁴⁰). Ma la sensibilità di ciascuno, e le conseguenti graduazioni di cautela nell'accoglimento degli indizi legislativi più sottili — sul piano del sistema, che tuttavia non dovrebbe interferire con i necessari riconoscimenti esegetici — non possono costituire oggetto di argomentazioni seriamente contrastanti.

Per quanto riguarda il presente saggio, sarebbe in un certo senso desiderabile essere riusciti ad ottenere il massimo di aderenza ai discorsi già avviati in sede normativa e di rielaborazione dogmatica; gli aspetti di novità sono intrinseci alla materia, ed offrono solo un tentativo di razionalizzazione del diritto vivente, tale che le fratture rispetto alla tradizione dovrebbero apparire, nell'ambito del sistema attualmente in evoluzione, meno stridenti dei riporti concettuali ancora rintracciabili nei moduli più consueti utilizzati dal sistema stesso.

(²⁴⁰) Mi riferisco a PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 102, nota 452, ed alla sua posizione sul problema dell'imprenditore occulto.