

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.
Giappichelli Formazione*

**CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO IN MAGISTRATURA
ORDINARIA 2024-2025**

GIAPPICHELLI EDITORE

**Responsabile scientifico
Vincenzo Lopilato**

**LEZIONE del 7 DICEMBRE 2024
di Vincenzo Lopilato**

Diritto civile

AREA TEMATICA

CONTRATTO

RAPPRESENTANZA

estratto

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.
Giappichelli Formazione*

Argomento 3

TRACCIA

Rappresentanza e mandato: il regime degli acquisti, delle alienazioni, dei crediti e dei rimedi contrattuali.

A. Schema per punti

1. Rappresentanza: fonti e ambito applicativo. 2. Rappresentanza diretta e mandato (mandato con rappresentanza): concezione formale. 2.1. Rappresentanza indiretta e mandato (mandato senza rappresentanza). 3. Rappresentanza e mandato: concezione sostanziale. 4. La fase costitutiva e i rimedi di validità. 5. La fase esecutiva: il regime degli acquisti, delle alienazioni e dei crediti.

Nota. *Si rinvia alla lezione per lo sviluppo del concetto giuridico indeterminato.*

A.1. Rinvio al Manuale

1. Rinvio al Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Quarta Edizione, gennaio 2023, Capitolo 6, par. 3, pagg. 327-329.

2. Si riporta di seguito un estratto del Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 6, nota 10 del par. 3, pagg. 301-302 che non è stata riprodotta nella nuova edizione; durante la lezione ho comunque seguito un diverso ordine espositivo.

L'adesione alla concezione "formale" o "sostanziale" ha rilevanza pratica con riferimento, tra l'altro, alla ricostruzione della disciplina del mandato senza rappresentanza, con riguardo, in particolare, alla possibilità che il mandante agisca, oltre che con l'azione di rivendica di beni mobili ovvero con l'azione a tutela del diritto di credito, espressamente previste (artt. 1705, comma 2, e 1706, comma 1, cod. civ.), anche con l'azione contrattuale.

Se si segue la concezione formale o ristretta, mancando la spendita del nome, gli effetti non si producono nella sfera giuridica del mandante, ma il rapporto si instaura, sul piano formale e sostanziale, soltanto tra mandatario e terzo, anche perché quest'ultimo, in assenza di spendita del nome, non è a conoscenza della presenza del mandante. In questa prospettiva, i diritti devono essere poi trasferiti dal mandatario al mandante. A sostegno di questa ricostruzione si richiamano le seguenti norme: i) art. 1705, comma 1, cod. civ., secondo il quale «il mandatario che agisce in proprio nome acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato» (il che significa che parte del rapporto è soltanto il mandatario); ii) art. 1706, comma 2, cod. civ., secondo il quale «se le cose acquistate dal mandatario sono beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, il mandatario è obbligato a ritrasferirle al mandante in caso d'inadempimento, si osservano le norme relative all'esecuzione dell'obbligo di contrarre» (il che significa che il diritto è del mandatario, che deve trasferirlo al mandante – in attuazione dell'obbligo di dare che nasce dal contratto di mandato – mediante un negozio con causa esterna, che realizza una ipotesi di pagamento traslativo e in relazione al quale si discute se si applichi l'art. 1333 cod. civ. con possibilità di esercitare il diritto di rifiuto ovvero se sia un negozio unilaterale "puro" [sull'art. 1333 si v. cap. 11, par. 1.1, nota 8]).

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Se si segue la concezione sostanziale o allargata, essendo elemento determinante l'agire nell'interesse altrui, gli effetti si produrrebbero nella sfera del mandante direttamente ovvero indirettamente passando prima nella sfera del mandatario e poi in quella del mandante. A sostegno di questa ricostruzione si richiamano le seguenti norme: i) art. 1706, comma 1, cod. civ., secondo il quale «*il mandante può rivendicare le cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario che ha agito in nome proprio, salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto del possesso di buona fede*» (il che significa che, presupponendo l'azione di rivendica la titolarità del diritto, quest'ultimo si trasferisce direttamente o indirettamente nella sfera giuridica del mandante); ii) art. 1705, comma 2, cod. civ. secondo il quale «*il mandante, sostituendosi al mandatario, può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato, salvo che ciò possa pregiudicare i diritti attribuiti al mandatario*» dal codice civile stesso (il che significa, presupponendo l'azione a tutela del credito la titolarità del diritto, che quest'ultimo si è trasferito direttamente o indirettamente in capo al mandante). Secondo questa prospettiva il secondo comma dell'art. 1706 cod. civ. contempla un mero atto ricognitivo di un trasferimento già avvenuto rilevante soltanto ai fini della trascrizione.

Le Sezioni unite della Cassazione (sentenza n. 24772 del 2008, cit.), facendo propria la concezione formale o ristretta, hanno ritenuto che le norme richiamate dai sostenitori dell'altra concezione, sopra riportate, rappresentino eccezioni al principio generale della titolarità del rapporto in capo al mandatario. Ne consegue che, non essendo possibile l'applicazione analogica di norme eccezionali, deve escludersi che il mandante possa esperire, in mancanza di una espressa autorizzazione normativa, le azioni contrattuali.

Si segnala, infine, che le Sezioni unite della Cassazione (sentenza 6 marzo 2020, n. 6459) hanno ritenuto, pur nella risoluzione di una controversia relativa al negozio fiduciario, che il mandato ad acquistare beni immobili non debba essere stipulato in forma scritta. Il che è in linea con la concezione formale, perché dimostra che si tratta di un contratto ad effetti obbligatori non idoneo a rappresentare la fonte degli effetti reali.

B. Giurisprudenza

1. Cass. civ., sez. un., 8 ottobre 2008, n. 24772.

Omissis.

L'esame del ricorso è stato rimesso a queste sezioni unite dal Primo Presidente a seguito di ordinanza interlocutoria della 2^a sezione (provvedimento n. 4027/07, depositato il 21.2.2007), all'esito di un ravvisato, duplice contrasto di giurisprudenza: il primo, in ordine alla questione dei limiti del potere di sostituzione del mandante, se cioè questi possa esercitare o meno i diritti di credito derivanti al mandatario dalla esecuzione del mandato, ivi ricomprese le azioni contrattuali (e tra esse, in particolare, l'azione di risoluzione per inadempimento e di risarcimento danni; il secondo, sul tema dei limiti dell'azione di arricchimento, se, cioè, essa possa essere esperita indipendentemente dalla circostanza che i fini al cui perseguimento la prestazione risulti diretta siano stati realizzati da un soggetto diverso da quello cui la medesima prestazione era ab origine destinata e che, di essa, non abbia direttamente beneficiato.

Le questioni dianzi indicate risultano rispettivamente oggetto del secondo e del quinto motivo di ricorso.

Diritto 1) GLI ASPETTI FUNZIONALI DEL MANDATO. Con il secondo motivo di ricorso, come già anticipato in narrativa, la difesa di P.G. denuncia testualmente: violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 1705 c.c., comma 2; art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5) in relazione alla domanda con la quale si era chiesto che la Lario Products venisse condannata a restituire le somme relative agli acconti rateali pagati con gli assegni emessi dal P. direttamente a favore del P. e non del S..

Il motivo (espressamente subordinato al rigetto del primo mezzo di doglianza, peraltro destinato a cadere sotto la scure della inammissibilità, come in seguito meglio si specificherà) non può essere

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

accolto.

Alla decisione del caso di specie, e alla conseguente composizione del segnalato contrasto, va premesso, in consonanza con quanto rilevato dal collegio remittente della seconda sezione di questa corte, come, nel tempo, si siano formati, in subiecta materia, due contrapposti orientamenti giurisprudenziali:

- alla stregua del primo di essi, la disposizione di cui all'art. 1705 cod. civ., comma 2, prima parte, andrebbe interpretata - per ragioni di tutela dell'interesse del mandante - in guisa di eccezione al principio generale, di cui al comma 1 del medesimo articolo, secondo cui il mandatario che agisce in nome proprio acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato. La disposizione del comma 2, pertanto, attesone il carattere eccezionale e in forza del chiaro tenore dell'espressione diritti di credito derivanti dall'esercizio del mandato, sarebbe rigorosamente limitata alla facoltà di esercizio, da parte del mandante, dei soli diritti (sostanziali) di credito derivanti al mandatario dalla esecuzione dell'incarico gestorio, con esclusione della possibilità di esperire, contro il terzo, le relative azioni contrattuali (in tal senso vengono citate le pronunce di cui a Cass. n. 1312 del 21.1.2005; n. 11118 del 5.11.1998, cui più di recente si sono conformate Cass. n. 18512 del 25.8.2006 e Cass. n. 13375 dell'8.6.2007 - la quale ha negato al mandante, in particolare, la possibilità di esperire contro il terzo l'azione di risarcimento dei danni);

- secondo altro, contrapposto indirizzo (manifestatosi con le sentenze di cui a Cass. n. 11014 del 10.6.2004 e n. 7820 del 10.8.1998, secondo quanto ancora rilevato dall'ordinanza di rimessione), il mandante, per ragioni di tutela del proprio interesse, potrebbe viceversa agire direttamente in giudizio per il soddisfacimento del credito, anche se derivante da un contratto stipulato dal mandatario senza rappresentanza (dalla motivazione della prima delle pronunce citate si evince che la Corte ha in quel caso confermato la sussistenza della legittimazione ad agire di una parte, definita mandante, che aveva esercitato il diritto del locatore al risarcimento del danno ex art. 1588 cod. civ.). In particolare, le sentenze predicative della legittimità del potere del mandante di esercitare tutte le azioni scaturenti dal contratto di mandato (specie quelle relativa al contratto di leasing, come di recente affermato da Cass. n. 17145 del 27.7.2006) ne ricostruiscono il diritto a far propri, in via diretta, di fronte ai terzi, i diritti di credito sorti in testa al mandatario non in termini di eccezione alla regola, ma come conseguenza del suo integrale subingresso nella posizione contrattuale del mandatario, merce una vera e propria modificazione soggettiva del rapporto.

E' convincimento di queste sezioni unite che il primo, più restrittivo orientamento meriti conferma, con le precisazioni che di qui a breve seguiranno.

1.1 - Analisi, della giurisprudenza di legittimità: l'orientamento maggioritario.

In ragione dell'epoca (assai risalente) a partire dalla quale si dipana il contrasto, non sembra un fuor d'opera procedere ad una puntuale disamina delle originarie posizioni assunte dalla giurisprudenza, onde definire con certezza le linee di divaricazione tra i due orientamenti, le sottostanti motivazioni, gli attuali riflessi operativi.

Gioverà allora riprendere in sintesi i passi delle pronunzie che hanno maggiormente approfondito il tema (tralasciando i numerosi altri precedenti che, in epoca remota e non, si siano limitati a richiamare posizioni già acquisite, senza apportare alcun utile contributo ermeneutico all'approfondimento del problema), Cass. 11118/98 così riassume, con indubbia efficacia, la questione di diritto ancor oggi dibattuta: "la disposizione del comma 2 - prima parte dell'art. 1705 c.c., introduce, per ragioni di tutela dell'interesse del mandante, una eccezione al fondamentale principio di cui sopra enunciato nel comma 1 dell'articolo per il quale il mandatario che agisce in nome proprio acquista i diritti ed assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato, consentendo al mandante di esercitare i diritti di credito derivanti al mandatario dall'esecuzione del mandato.

Deve trattarsi di diritti che scaturiscono direttamente dal rapporto obbligatorio posto in essere dal

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

mandatario nell'esplorazione dell'attività per conto del mandante; questi può agire contro il terzo in sostituzione del mandatario esclusivamente per esercitare tali diritti e cioè per conseguire il soddisfacimento dei crediti sorti a favore del mandatario in dipendenza delle obbligazioni assunte dal terzo con la conclusione del contratto.

La natura eccezionale della norma, le finalità di tutela del mandante, l'inequivocità della espressione "diritti di credito derivanti dall'esercizio del mandato" inducono ad escludere, al di fuori dell'azione diretta al soddisfacimento di detti crediti, che il mandante possa esperire contro il terzo le azioni da contratto e, in particolare, com'è avvenuto nella specie, quelle di risoluzione per inadempimento e di risarcimento dei danni; opinando diversamente la regola generale sancita dallo stesso art. 1705 c.c., resterebbe svuotata di contenuto.

Cass. 2105/76, in motivazione, coglie lucidamente l'essenza della tesi maggioritaria, osservando che l'art. 1705 c.c., comma 2, "conferisce il subingresso nel credito e non genericamente nei rapporti giuridici e non elimina la distinzione tra la posizione del mandante e del mandatario: si vuole evitare, nell'ambito delle vicende successive alla conclusione del negozio tra mandatario e terzo, che il dominus, per conseguire gli effetti utili della gestione svolta per suo conto, debba necessariamente agire tramite l'intermediazione del mandatario".

Cass. 879/65 escluderà, a sua volta, che l'azione ex art. 1705 c.c., comma 2, abbia natura surrogatoria, aderendo all'indirizzo adottato dalla risalente Cass. 2082/50, secondo cui l'azione del mandante, di natura diretta, andava esaminata in combinato con l'art. 1713 c.c. (predicativo dell'obbligo del mandatario "di rimettere al mandante ciò che ha ricevuto a causa del mandato"), con la conseguenza che, del patrimonio del mandante, entra far parte un diritto di credito avente contenuto identico a quello vantato dal mandatario verso il terzo.

Infine, l'approfondita motivazione della sentenza di cui a Cass. 2877/76 muove dalla configurazione del mandato quale fattispecie di interposizione gestoria in cui gli effetti del negozio sono limitati alla persona interposta, pur dovendo essere riversati a fine gestione sulla persona interessata. Conseguenza che il terzo non entra in rapporto con il mandante, che non ha alcuna azione da contratto contro di lui, ma solo una tutela limitata ai crediti scaturenti dalla gestione del mandatario". Pertanto, all'infuori di tale sostituzione per la tutela di singoli diritti di credito, il mandante non può pretendere che il terzo lo riconosca soggetto interessato al buon fine contrattuale, giacché, in sede di conclusione e di esecuzione del contratto, l'interesse del mandante non viene in considerazione, nè il terzo contraente deve tenerne conto in relazione ai suoi doveri di correttezza e di buona fede, dato che l'alienità dell'affare, anche se conosciuta e riconoscibile, non ha alcuna rilevanza per il terzo, il quale ha diritto di non avere di fronte a sé altro soggetto che il mandatario, quale parte del contratto in capo a cui si producono gli effetti giuridici di questo.

In senso affatto speculare, si preciserà poi che neppure il mandatario può esigere che la controparte tenga conto dell'interesse del mandante, sicché, in caso di inadempimento da parte del terzo contraente, costui non è tenuto ad addossarsi le conseguenze della lesione dell'interesse del mandante prodotta dall'inadempimento, altrimenti si darebbe rilievo all'interesse del mandante, snaturando l'essenza del mandato senza rappresentanza, la cui natura esclude questo rapporto diretto. Non è dunque ammissibile che il mandatario possa chiedere al terzo inadempiente il risarcimento dei danni costituiti dalla lesione dell'interesse del mandante, a meno che tale lesione non si traduca in una lesione dell'interesse proprio del mandatario, in coerenza con la facoltà di esercizio dell'azione diretta per i diritti di credito sorti a favore del mandatario in dipendenza delle obbligazioni assunte dal terzo con la conclusione del contratto cui l'art. 1705 c.c., fa espresso riferimento ponendo l'eccezione rispetto alla regola generale. Il mandante, si conclude, non può dunque sperimentare contro il terzo le azioni da contratto, ed in particolare quelle di risoluzione e di risarcimento dei danni, perchè altrimenti la regola di cui al comma 2, della norma citata resterebbe svuotata di contenuto (richiamandosi espressamente a questi principi, Cass. 1312/05, relativa a fattispecie di risarcimento danni da trasporto marittimo in cui era stata negata al

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

mandante-mittente la facoltà di agire per il risarcimento dei danni nei confronti del vettore-terzo, riaffermerà la bontà dell'interpretazione dominante, e la conseguente immunità da vizi di costituzionalità sotto il profilo dell'irragionevolezza, in quanto la previsione dell'art. 1705 cod. civ., è diretta ad ampliare la tutela del mandante, attribuendogli anche una legittimazione diretta nei confronti del terzo contraente, ferma restando la possibilità di agire nei confronti del mandatario - nella specie, il mandatario spedizioniere -, tenuto ad eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia).

1.2 - L'orientamento minoritario.

Premesso che nella poc'anzi ricordata sentenza del 11118/98 è inesattamente citata, come aderente alla tesi restrittiva e maggioritaria, la pronuncia di cui a Cass. 2714/64 (che, letta integralmente, va viceversa collocata in seno all'opposto indirizzo, poichè ricollega all'iniziativa del mandante di sostituirsi al mandatario una modificazione soggettiva del rapporto che escluderebbe ogni relazione tra terzo e mandatario e consentirebbe al terzo contraente di agire contro il mandante per l'adempimento di ogni obbligazione nascente dal negozio e per ogni altra azione derivante dalla conclusione dello stesso), va ribadito come entrambe le pronunce già indicate come predicative dell'indirizzo minoritario (Cass. 17145/06 e Cass. 11014/04) non risultino in realtà sorrette da adeguate motivazioni funzionali a legittimare l'interpretazione meno restrittiva dell'art. 1705 c.c., al pari della pronuncia di cui a Cass. 7820/98, che riafferma, sic et simpliciter, la legittimazione del mandante ad interferire ex art. 1705 c.c., nel rapporto tra mandatario senza rappresentanza e terzo. Ampiamente approfondito appare, viceversa, l'impianto motivazionale della pronuncia di cui a Cass. n. 92 del 13.1.1990. Sulla premessa per la quale il problema centrale da risolvere non è quello, di carattere generale, se la facoltà legislativamente attribuita al mandante di esercitare, in sostituzione del mandatario, i diritti di credito derivanti dalla esecuzione del mandato comporti anche la legittimazione attiva del mandante ad agire contro il terzo contraente, e passiva a resistere alla domanda del terzo contraente in ordine ad azioni di annullamento, di risoluzione o rescissione del contratto, la sentenza ritiene decisiva la ben più limitata questione di stabilire se, una volta che il mandante abbia effettivamente esercitato nei confronti del terzo contraente i diritti di credito sorti in esito all'attività del mandatario, a quest'ultimo sostituendosi nell'esecuzione dell'affare, venga a configurarsi una modificazione soggettiva in forza della quale il terzo possa, a sua volta, rivolgersi direttamente contro il mandante in esercizio di ogni azione derivante dalla conclusione del contratto, o quanto meno per l'adempimento delle obbligazioni nascenti dal negozio gestorio in corrispondenza ai diritti che verso di lui il mandante ha fatto valere. La pronuncia adotterà questo secondo orientamento giurisprudenziale non senza aver ricostruito alcuni snodi essenziali dell'istituto, specificando, in particolare, che il diritto di credito viene fatto valere dal mandante come titolare di esso e non già utendo iuris del mandatario, così che la sostituzione, una volta fruttuosamente sperimentata, conduce a conseguenze ben più incisive di quelle normalmente riconducibili ad ogni altra ipotesi (art. 1595 c.c., comma 1; art. 1676 c.c., art. 1911 c.c., comma 2, art. 2867 cod. civ.) in cui è concessa azione ad un soggetto per conseguire da un terzo, cui non è legato da alcun rapporto obbligatorio, ciò che avrebbe potuto ottenere dal proprio debitore a sua volta creditore del terzo. Ecco che le finalità perseguite dall'abilitazione eccezionale concessa al mandante dall'art. 1705 c.c., devono allora essere individuate anche in correlazione con i risultati finali perseguiti attraverso il meccanismo gestorio, funzionali a consentire al mandante venditore di conseguire il prezzo e al terzo di acquistare il bene tramite il passaggio del bene e del corrispettivo attraverso il mandatario (e in questo quadro, secondo quanto già opinato da Cass. 90/92, la richiesta e la esazione diretta, da parte del mandante venditore, del prezzo della compravendita, per come consentiti dalla norma in esame, erano destinate a svolgere una funzione acceleratoria e semplificatoria della conduzione a buon fine dell'affare, nel senso di rendere superfluo il doppio trasferimento, con convergente vantaggio per il terzo e per il mandante, salvo pregiudizio dei diritti del mandatario).

La modificazione soggettiva del rapporto assume allora (come già rilevato anche da Cass. n. 1306

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

del 1969) valenza giuridica prima ancora che economica, nel senso che, per effetto della sostituzione del mandante al mandatario, quest'ultimo resta escluso dal rapporto negoziale e, come non ha più veste per richiedere al terzo l'adempimento della prestazione promessa, e cioè il versamento del prezzo, così non ha più titolo per resistere alla richiesta avanzata dal terzo che, assolto il suo debito, reclaims la controprestazione e cioè il trasferimento della titolarità del bene, oppure la restituzione del prezzo, se quel trasferimento non sia più possibile. La tesi adottata dalle pronunce in esame è, dunque, in punto di diritto, quella che potrebbe oggi definirsi "della efficacia espansiva del disvelamento del mandante", espansione tale da comportare un esaurimento dei compiti gestori del mandatario, con conseguente negazione della dichiarata eccezionalità del meccanismo sostitutivo previsto dall'art. 1705 c.c., comma 2 (eccezionalità ravvisata, come già evidenziato, nella limitazione dell'ingerenza del mandante, fermo il ruolo del mandatario per ogni altro aspetto).

Dal suo canto, Cass. n. 3626/80, nell'identificare e tratteggiare una peculiare fattispecie di mandato senza rappresentanza, descrive il potere del mandante di agire in giudizio per i diritti di credito come "un temperamento" dei poteri/doveri incombenti sul mandatario, con conseguente modificazione soggettiva del rapporto, annoverando, tra i diritti di credito azionabili in forza dell'art. 1705 c.c., comma 2, anche quello al diniego della proroga legale per propria necessità, dacché l'espressione "diritti di credito" esprime i diritti nascenti da un rapporto obbligatorio in contrapposizione ai diritti reali, contrapposizione ben chiara al legislatore che, per l'ipotesi parallela di azione di rivendica da parte del mandante, ha previsto una diversa norma, l'art. 1706 c.c., comma 1. Così, se il binomio prefigurato dal legislatore è quello diritti di credito/diritti reali, la prima delle due nozioni concerne qualsivoglia categoria di diritti derivanti da un rapporto obbligatorio posto in essere dal mandatario (in tali sensi, e in un lontano passato, già Cass. 2 agosto 1955 n. 2504).

1.3 - Le posizioni della dottrina.

Nell'intendimento di dare continuità ad un recente indirizzo accolto da queste sezioni unite, che, in numerose pronunce, hanno esaminato, dato conto e sovente fatte proprie non poche riflessioni della migliore dottrina giusciviltistica italiana, in un fecondo e sempre più intenso rapporto di sinergia di pensiero destinato a tradursi in diritto vivente, sembra opportuno procedere ad una (sia pur sintetica e inevitabilmente incompleta) analisi delle posizioni espresse, nel tempo, dagli autori che si sono occupati funditus della complessa tematica relativa agli aspetti funzionali ed effettuali del contratto di mandato.

a) La dottrina italiana si è appassionata al tema sin dall'entrata in vigore del codice, e, in un primo approccio al peculiare meccanismo funzionale di cui all'art. 1705 c.c., comma 2 (che gli autori classici non a torto definirono "assai oscuro"), ritenne inaccettabile l'opinione - espressa dal guardasigilli nella Relazione al codice - secondo cui l'art. 1705 c.c., comma 2 e l'art. 1707 c.c., prima parte, attribuivano al mandante un'azione in via diretta contro il terzo contraente, ravvisandovi piuttosto (salva l'assenza del requisito della trascuratezza da parte del mandatario) gli estremi dall'azione surrogatoria, fondata sulla titolarità sostanziale del credito in capo al mandatario, mentre il mandante, sostituendovisi, eserciterebbe pur sempre un diritto altrui.

La tesi dell'azione surrogatoria incontrò, peraltro, illustri oppositori, proprio per la mancanza di un requisito essenziale della fattispecie (la trascuratezza da parte del mandatario), e lasciò spazio a quella della generica legittimazione ad agire riconosciuta al mandante in luogo del mandatario (che non priverebbe quest'ultimo della titolarità dei diritti di credito e non trasformerebbe il mandante in un diretto debitore del terzo contraente, salva la possibilità di costui, ove convenuto in giudizio, di agire in via riconvenzionale nei confronti del mandante stesso).

La difficoltà dell'inquadramento teorico del potere di sostituzione del mandante emergerà, in tutta la sua portata, tra la fine degli anni '50 e gli anni '60, ad opera di un autore che tante pagine ha dedicato allo studio della rappresentanza. Sulla premessa per cui l'espressione sostituendosi al mandatario sarebbe ingannevole, inducendo l'idea di uno dei protagonisti della vicenda negoziale che entra inopinatamente in possesso di quanto è dell'altro, si fa strada il fondamentale rilievo di una

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

sostituzione destinata ad attivarsi soltanto nell'esercizio del diritto, in nome e nell'interesse proprio: l'iniziativa del mandante non darebbe luogo, così, ad atti costituenti cause o titoli dell'acquisto, perchè l'effetto traslativo viene presupposto come già effettuato, in forza di una efficacia (non diretta ma) automatica dell'acquisto da parte del mandante dei beni o dei crediti acquisiti dal mandatario (che "acquista e perde" al tempo stesso), producendo un'espansione del rapporto di gestione analoga a quella che, nella rappresentanza diretta, si verifica per effetto della contemplano domini, cioè con l'agire in nome altrui. La differenza tra mandato con rappresentanza e mandato senza rappresentanza consisterebbe, allora, nel fatto che solo in questo secondo caso il mandatario resta obbligato, e "contemporaneamente" acquisterebbero sia il mandatario che il mandante.

Gli studi della dottrina contrari alla ricostruzione della *facultas agendi* del mandante ex art. 1705 c.c., comma 2, in termini di azione diretta proseguiranno, pervenendo, dopo accurate analisi, ad ammettere che la funzione del mandato senza rappresentanza si sostanzierebbe nel riconoscere al mandante il potere di appropriarsi della titolarità dei crediti sulla base di una *cessio legis*, cessione, cioè, di fonte legale, ma rimessa all'iniziativa dell'interessato: un diritto potestativo alla surrogazione, dunque, merce il quale il mandante subentra nella titolarità del credito del mandatario. La principale obiezione mossa a tale tesi - quella per cui il disposto della prima parte dell'art. 1705 c.c., comma 2, predicando il generale principio che i terzi non hanno alcun rapporto con il mandante, sicchè i due rapporti non possono confluire in uno, non ammette in alcun modo e sotto nessuna forma una successione di soggetti - indusse, peraltro, a riconoscere che, della sostituzione, non si potessero predicare letture in chiave traslativa, dovendo essa ricondursi piuttosto ad un peculiare mezzo di tutela del mandante.

Negli anni '80, gli autori più avvertiti non si nasconderanno che, della fattispecie, molteplici apparivano, sul piano concettuale, le possibilità ricostruttive. L'attenzione si sposta, così, dall'aspetto genetico/morfologico a quello (storico e) funzionale dell'istituto, onde indagare *funditus* sulle ragioni ispiratrici della norma, identificate in quelle "di garantire tutela all'interesse del mandante alla segretezza verso i terzi e per altro verso quella di assicurare al mandante una sostituzione da parte del mandatario anche nella fase di esecuzione del negozio gestorio": si spiegherebbe, così, la ratio della disposizione legislativa che lascia all'iniziativa del mandante la scelta se rivelarsi o meno ai terzi mediante la sostituzione ex art. 1705 cpv. c.c., proteggendolo, inoltre, dal rischio di eventuali abusi o infedeltà del mandatario (risultato conseguibile, peraltro, privando il mandatario della legittimazione a ricevere il pagamento non appena il mandante opera la sostituzione).

Alla luce del carattere eventuale dell'acquisto del credito verso il terzo da parte del mandante e del valore programmatico del mandato, questa attenta dottrina esclude ogni ipotesi di effetto traslativo immediato del credito in favore del mandante, scorrendo espressamente di *condicio iuris* meramente potestativa inerente al mandato (tanto che il mandatario, in difetto di *relevatio* del mandante, rimarrebbe tenuto ad esercitare il credito nei confronti del terzo e a rimettere al mandante la prestazione ricevuta). La sostituzione sarebbe quindi, da un lato, avveramento della condizione sospensiva, dall'altro, formalità equivalente alla notificazione della cessione al debitore ceduto, secondo il paradigma, esportabile in parte qua alla fattispecie, dell'art. 1264 c.c., comma 1.

b) Altrettanto nutrita appare, dal suo canto, la corrente dottrinale, cui ha inteso in larga misura aderire la stessa giurisprudenza di questa corte, che qualifica l'azione del mandante come azione diretta.

Già nei primi anni '50 si sostenne che il legislatore, con la previsione di cui all'art. 1705 c.c., comma 2, aveva preferito al meccanismo della surrogazione legale quello dell'azione diretta, onde consentire al mandante di appropriarsi dei crediti in speculare simmetria con l'azione di revindica di cui al successivo art. 1706 c.c..

Non si è mancato di rilevare, in seguito, come il maggior pregio di tale teoria consista indiscutibilmente nel temperare il principio sancito nell'art. 1705 c.c., comma 1, con quello della inidoneità del mandato come titolo traslativo del *dominium*, pur nel riconoscimento di una

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

circoscritta efficacia esterna del rapporto gestorio, nei limiti in cui esso, peraltro, non pregiudichi gli interessi legittimi dei terzi (che solo accidentalmente, ma comunque ininfluentemente, possono essere a conoscenza di detto rapporto).

La dottrina che, in seguito, approfondirà il tema dell'azione diretta si mostra incline a equipararla alle simmetriche azioni regolate dagli artt. 1595, 1676 e 2867 c.c.. Anche per tali autori è lecito discorrere di trasferimento automatico, dal terzo al mandante, della titolarità dei diritti acquistati dal mandatario in nome proprio, così che l'attività del mandante ex art. 1705 c.c., risulterebbe esercizio di questo diritto già acquistato, secondo alcuni addirittura merce il ricorso ad una lettura in chiave consensualistica dell'istituto (il riferimento è all'art. 1376 cod. civ., nel senso che, come le parti possono consensualmente trasferire un diritto, così possono, d'accordo, determinarne a priori lo "spostamento" da una sfera giuridica ad un'altra, attribuendosi, in definitiva, all'atto di sostituzione la funzione di vera e propria notifica della titolarità del credito).

Sempre nell'orbita degli studi sull'azione diretta, più di recente si osserverà ancora che, limitando il campo di indagine alla sola esigenza di individuare la titolarità formale del diritto acquistato, non si coglie il peculiare aspetto dinamico dell'intera fattispecie, mentre, ricostruendone i tratti essenziali con riferimento all'interesse sottostante, che è quello del mandante, si perviene invece ad evidenziare che è l'interesse alieno a qualificare la gestione dell'interposto, trascendendo il rapporto interno per assumere contestuale rilevanza esterna: stabilire allora se l'acquisto del mandante è diretto, senza alcun contemporaneo acquisto del mandatario, ovvero automatico, previa acquisizione della titolarità del diritto da parte del mandatario, sarebbe "una sfumatura" che non coglie il cambiamento che si attua nella posizione del mandatario allorché agisce in nome proprio. Quest'ultimo si colloca, difatti, in una posizione "di vantaggio ex lege", che si esplica, in caso di acquisto di beni mobili, attraverso la facoltà di esercizio delle azioni possessorie e di quelle a difesa della proprietà, salvo il coordinamento con l'esercizio ex art. 1706 c.c., da parte del mandante), ed un potere di esercitare i diritti di credito identico a quello che secondo l'art. 1705 c.c., comma 2, il mandante vanta a sua volta, e) L'interesse per la questione non si attenua negli anni '90, merce il contributo di autori che, ciascuno seguendo una propria autonoma linea di pensiero, riterranno (quantomeno) non del tutto convincente la teoria dell'azione diretta.

Si afferma, così, da un canto, che l'intima ratio della facoltà di cui al 1705 c.c., comma 2 - la cui funzione consiste nell'attribuire al mandante un rimedio idoneo all'emanazione di una sentenza che trasferisca a suo favore il credito appartenente al debitore principale - conduce alla conclusione che, pur mancando una "immediatezza di contatto" tra mandante e terzo, l'eccezionale forma di sostituzione in parola non potrebbe da sola giustificare una eteromodificazione di un contratto rispetto a cui il mandante continua ad essere terzo (così ripudiandosi la tesi della modifica ex lege del contratto come conseguenza della mera esteriorizzazione del rapporto interno mandante-mandatario, con la conseguente ipotesi di annettere alla esteriorizzazione del mandante il solo risultato di attribuire al debitore un nuovo avente titolo al pagamento, in concorso con il precedente destinatario); dall'altro, che la titolarità dei crediti resta ferma in testa al mandatario mentre, con la sostituzione nell'esercizio del suo diritto, il mandatario perde la sua originaria legittimazione, senza che il mandante possa avere azione diretta, perchè non diventa parte contraente del rapporto gestorio; dall'altro ancora previa individuazione di tre posizioni relative all'oggetto della sostituzione (quella che contempla la sostituzione in tutte le posizioni attive e passive facenti capo al mandatario - come opinato da Cass. n. 92 del 1990 -; quella che implica sostituzione nei soli diritti di credito - così Cass. n. 11118 del 1998 -; quella che comprende nella facoltà di sostituzione i poteri contrattuali di annullamento, risoluzione, rescissione), che il criterio di selezione gravita intorno alla natura del diritto, con conseguente estensione della sostituzione a tutti i diritti di natura patrimoniale, purché non personali (azionabili merce il ricorso all'azione surrogatoria di cui all'art. 2900), anche se - si soggiunge - la conclusione dovrebbe essere diversa per l'azione di risarcimento dei danni, "perché la sostituzione del mandante non influirebbe in alcun modo sulla dinamica del rapporto

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

contrattuale in vita tra il mandatario e il terzo" (con la fondamentale precisazione secondo cui il mandante potrebbe richiedere a titolo risarcitorio non il danno da lui medesimo risentito, ma quello sofferto dal mandatario, perchè "il mandante non è controparte del terzo e quest'ultimo non può essere costretto a rifondere le perdite di estranei").

d) La disamina delle posizioni assunte dalla giusciviltà italiana non può, infine, prescindere dalle lucide riflessioni di un autore prematuramente scomparso, autorevole esponente della scuola messinese degli anni '60, che più di tutti ha approfondito il tema del mandato nell'ottica (di ben più ampio e affascinante respiro) della cooperazione nell'attività negoziale nelle varie forme di attività svolte nell'interesse altrui.

Premessa una (ancor oggi attuale e condivisibile) denuncia dell'incapacità, da parte della dottrina e della giurisprudenza, di liberarsi di alcune "abitudini mentali della dogmatica europea", tra le quali l'idea, palpabile in tema di mandato, che il diritto soggettivo costituisca un'entità reale, quasi corporea, che esiste in concreto nel mondo della fenomenologia giuridica, l'autore accentra inizialmente la sua attenzione sul fenomeno della dissociazione fra il soggetto dell'atto e il soggetto dell'interesse, qualificandolo come carattere connaturato a tutte le attività interpositorie (ivi compresa quella c.d. "fittizia", che viene coerentemente - e forse non incondizionabilmente - estrapolata dall'alveo della simulazione). Si critica poi l'adozione del criterio formale della spendita del nome come chiave selettiva dell'effetto del trasferimento diretto dal terzo al titolare dell'interesse, qualificando, viceversa, proprio il criterio sostanziale della titolarità dell'interesse come idoneo a fondare il meccanismo effettuale (e precisando che l'adozione di un criterio formale comporterebbe non pochi interrogativi in ordine all'elemento causale dell'atto compiuto dall'interposto). Viene poi rappresentata la necessità di analizzare, oltre all'aspetto strutturale, il meccanismo funzionale della fattispecie interpositoria, senza aver riguardo al sottostante rapporto di cooperazione, che diviene allora lo scopo pratico (e giuridico) del procedimento di interposizione, attribuendo all'interposto la qualità di titolare di un diritto nell'interesse altrui, e si evidenzia ancora come la "titolarità" in capo all'interposto sia diversa da qualsiasi altra forma di titolarità del diritto, atteso che, nella specie, si assiste ad un pressochè totale svuotamento del contenuto del diritto soggettivo, sotto il profilo economico (l'interesse) e giuridico (la facoltà di goderne e di disporne). Si delinea con sempre maggiore chiarezza la precarietà della figura dell'interposto (che, a tutto concedere, assume il carattere della temporaneità senza alcuna possibilità nemmeno ipotetica di consolidazione della situazione di diritto, salvo agire contra mandatum), e con essa la necessità di trasformare la (non predicabile) titolarità del mandatario in mera legittimazione (diversamente da quella riconosciuta al fiduciario, che acquista la titolarità piena e non soltanto formale sul bene).

Il problema del fatto costitutivo dell'effetto traslativo viene poi risolto facendo ricorso al concetto di fattispecie complessa, caratterizzata da una sua causa concreta, costituita dalla sinergia mandato+negozio stipulato con il terzo dal mandatario, dove il mandato, oltre agli effetti obbligatori suoi propri inter partes, spiega, in combinazione con il successivo negozio, altresì un effetto reale sotto il profilo della immediata produzione dell'effetto traslativo in capo al mandante. Il trasferimento degli effetti sarà, allora, non diretto ma automatico, senza necessità di un atto traslativo ad hoc da compiersi da parte del mandatario:

l'acquisto del diritto, contemporaneo in capo al mandante e al mandatario, si riflette automaticamente e senza soluzione di continuità temporale in capo al primo (scandito sincronicamente secondo la successione temporale acquisto/perdita in capo al mandatario): la differenza con la rappresentanza diretta - che risulta fortemente attenuata, giusta la premessa della unitarietà della fattispecie della cooperazione - si riduce così a ciò che, in essa, il cooperatore rappresentante non acquista affatto, mentre nella rappresentanza indiretta egli acquista e perde nello stesso istante. L'ostacolo - apparentemente insuperabile - dell'acquisto dei beni immobili, in cui la necessità del doppio trasferimento appare testuale (art. 1706 c.c., comma 2), è destinato a sua volta a risolversi considerando che la differenza di disciplina ripete la sua genesi non da un differente

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

assetto di interesse sostanziale, ma esclusivamente dall'esistenza di profili formali che regolano la circolazione immobiliare: l'atto di ritrasferimento non è, dunque, un negozio realmente traslativo (per essersi già verificato quel medesimo effetto in via automatica), ma un atto funzionale (soltanto) alle esigenze della trascrizione, così che anche una dichiarazione unilaterale ricognitiva dell'appartenenza del bene al mandante resa al pubblico ufficiale potrebbe essere legittimante trascritta, pur se totalmente priva dei connotati del negozio traslativo.

1.4 - La soluzione del contrasto.

E' convincimento di questo collegio che una seria e meditata adesione all'orientamento più restrittivo, così come la speculare scelta di una soluzione ermeneutica ben più "elastica", non avrebbero comunque potuto prescindere dalla ricognizione, sin qui compiuta, delle diverse, dissonanti ricostruzioni dell'intero istituto della rappresentanza del mandatario: l'esclusione, o meno, del mandante dalla facoltà di esperire le azioni contrattuali derivanti dal negozio stipulato per suo conto dipende, difatti, dall'adozione di una più generale "teoria della rappresentanza indiretta" quantomeno sotto il suo profilo funzionale, quello, cioè, della esatta ricostruzione del dipanarsi dell'effetto traslativo tra i tre soggetti protagonisti della complessa fattispecie interpositoria, il mandante, il mandatario, il terzo contraente.

Prima ancora di esprimere la conclusiva opzione tra il privilegiare l'esegesi tradizionale e la dominante dogmatica giuridica (restando così fedeli a una nozione restrittiva dei poteri di sostituzione del mandante) piuttosto che favorire la snellezza dei circuiti di relazione tra soggetti del mercato (individuando conseguentemente il fondamento normativo di tale scelta in *extensum*), è obbligo (come sempre) dell'interprete procedere ad una attenta e puntuale disamina del dato normativo positivo, onde da esso cautamente procedere verso una soddisfacente e credibile soluzione in diritto. Le norme che vengono in considerazione sono, da un canto:

a) L'art. 1705 c.c., comma 1: Il mandatario che agisce in nome proprio acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato;

b) L'art. 1705 c.c., comma 2, prima parte: I terzi non hanno alcun rapporto con il mandante;

c) L'art. 1706 c.c., comma 2: Se le cose acquistate dal mandatario sono beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, il mandatario è obbligato a ritrasferirle al mandante. In caso di inadempimento, si osservano le norme sull'esecuzione dell'obbligo a contrarre;

d) L'art. 1707 c.c., seconda parte: i creditori del mandatario non possono far valere le proprie ragioni....sui beni immobili o sui mobili iscritti in pubblici registri se la trascrizione dell'atto di ritrasferimento, o della domanda giudiziale diretta conseguirla, sia anteriore al pignoramento. Dall'altro:

a-b.1) L'art. 1705 c.c., comma 2: Tuttavia il mandante, sostituendosi al mandatario, può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato (salvo pregiudizio dei diritti del mandatario);

c.1) L'art. 1706 c.c., comma 1: Il mandante può rivendicare le cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario che ha agito in nome proprio, salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto del possesso di buona fede;

d.1) L'art. 1707 c.c., prima parte: I creditori del mandatario non possono far valer le loro ragioni sui beni che, in esecuzione del mandato, il mandatario ha acquistato in nome proprio purchè, trattandosi di beni mobili o di crediti, il mandato risulti da scrittura avente data certa anteriore al pignoramento.

Non sembra seriamente contestabile che una lettura "logica" della normativa in tema di mandato, così come emerge dalla scomposizione "funzionale" delle disposizioni testè operata, conduce ad un primo, inquietante risultato, quello, cioè, di una insanabile contraddizione tra la disciplina normativa degli acquisti mobiliari e quella dei trasferimenti dei diritti immobiliari, che ripete la sua origine dalla più generale difficoltà, tipica del meccanismo interpositorio, di coniugare l'esigenza (avvertita come primaria dal legislatore che, non a caso, esclude, ex art. 1705 c.c., comma 2, prima parte, il

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

rapporto tra i terzi e il mandante, ma non postula altrettanto esplicitamente la speculare esclusione mandante/terzi) di tutelare la scelta di riservatezza del mandante interponente con le regole negoziale sulla tutela dell'affidamento. Ne deriva un apparentemente ossimoro legislativo, un ibrido proteiforme che miscela momenti puri di tutela (art. 1705 c.c., comma 2, art. 1706 c.c., comma 1, art. 1707 c.c., prima parte), accentuati al punto da configurare il mandatario evidentemente come "non titolare" dei beni acquistati (si pensi, in particolare, oltre che alla rivendica concessa al mandante, alla disciplina degli acquisti di beni mobili da parte dei terzi di cui all'art. 1706 c.c., comma 1, ultima parte:

il farne salva la legittimità per effetto del possesso di buona fede riproduce esattamente la disciplina dell'acquisto a non domino di cui all'art. 1153 c.c.) a momenti di tutela soltanto mediata, in cui, peraltro, prevalgono inevitabilmente le norme sulla pubblicità degli acquisti immobiliari (il cui carattere, molto meno "dichiarativo" di quanto non sia dato apprendere dalla manualistica tradizionale, non può essere in questa sede utilmente approfondito).

Dovendosi evidentemente escludere una interpretazione (che suonerebbe inaccettabilmente grossolana) dell'intero coacervo normativo sin qui evidenziato che fondi una radicale differenza morfologica e funzionale (destinata a ripercuotersi sul piano dell'effetto traslativo) sulla natura del bene (mobile-immobile), per predicare, rispettivamente, in capo al mandante, l'esistenza di una situazione ab origine proprietaria, ovvero di mera "aspettativa" (quantunque tutelata ex lege) di ritrasferimento su di un piano meramente obbligatorio, forti appaiono le suggestioni della teoria del trasferimento automatico tout court, operante sia in caso di alienazione di mobili che di immobili, che ha l'indubitabile pregio di ricondurre ad unità l'intera fattispecie, annettendo effetti soltanto formalistico/pubblicitari all'atto (non negoziale, o non necessariamente negoziale) di "ritrasferimento" nelle alienazioni immobiliari (fortemente suggestiva, in proposito, appare l'idea di un atto unilaterale ricognitivo dell'esistenza del mandato da parte del mandatario, di per sé idoneo alla trascrizione, da redigere con snellezza ed economia di mezzi dinanzi al pubblico ufficiale); teoria che, a giudizio del collegio, potrebbe oggi eventualmente arricchirsi e in parte modificarsi ritenendo, fintanto perduri la situazione iniziale di "segretezza", che la disciplina applicabile alla fattispecie sia quella dell'art. 1705 c.c., comma 1 e comma 2, prima parte, mentre, caduta (per volontà del titolare dell'interesse) ogni esigenza di tutela (perché quegli ritiene, in qualsiasi momento funzionale del rapporto di mandato, di manifestare la propria, reale posizione di titolare dell'interesse), la stessa ratio dell'istituto della interposizione reale viene meno (così, piuttosto che di acquisto diretto o automatico del mandante, potrebbe allora non infondatamente discorrersi di un acquisto condizionale da condizione potestativa semplice unilaterale ex lege: a seguito della manifestazione di volontà del mandante - il cui contenuto si esprimerebbe, all'incirca, nella proposizione "non intendo più avvalermi della facoltà di tener celata la mia posizione di titolare dell'interesse negoziale, e intendo ricondurre ad unità le posizioni di titolare formale e portatore dell'interesse sostanziale" - , il meccanismo legislativo si spoglia di ogni ambiguità, consentendo la retroattiva assegnazione degli effetti del negozio al mandante all'esito dell'avverarsi della condizione).

Tale ricostruzione dell'intera fattispecie della rappresentanza indiretta, benché intrisa di intense suggestioni e apparentemente appagante sul piano dogmatico, non sembra, peraltro, poter allo stato essere adottata.

Difatti, nel procedere alla verifica funzionale della sua bontà applicativa, appare innegabile che il mandante, automaticamente (o condizionalmente) destinatario dell'effetto traslativo del negozio intercorso tra mandatario e terzo, sarebbe necessariamente legittimato ad agire in giudizio a tutela del diritto così acquisito, sarebbe, cioè, legittimato ad esperire tutte le azioni ex contractu nella sua posizione di titolare dell'interesse sostanziale, ivi compresa l'azione risarcitoria da inadempimento del terzo. Ma l'an e il quantum di tale azione, in concreto, non potrà in alcun modo rapportarsi ai danni che lui stesso (piuttosto che il mandatario, controparte formale e soggetto autore dell'atto) potrebbe in astratto lamentare, giusta disposto dell'art. 1225 c.c. - norma che, nel limitare al danno

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

prevedibile l'obbligo risarcitorio della parte inadempiente, esclude tout court che danni (ipoteticamente maggiori), reclamati da chi controparte negoziale non è possano essergli legittimamente richiesti (salvo non voler ipotizzare una surreale "condizione non espressa" da ritenersi immanente ad ogni convenzione negoziale, in ossequio alla quale ciascuna delle parti potrebbe o addirittura dovrebbe prospettarsi la possibilità che dietro ogni negozio traslativo possa celarsi un rapporto di mandato).

Il vero, insuperabile ostacolo che si frappone all'accoglimento della tesi poco sopra descritta è, dunque, quello che vede totalmente pretermessa l'analisi della posizione contrattuale del terzo. Se, nell'ottica del rapporto mandante/mandatario, la rilevanza sostanziale dell'interesse può far premio sulla titolarità (soltanto) formale (oltre che "istantanea") del mandatario, non può per converso trascurarsi che il terzo, nel contrattare con quest'ultimo (e soltanto con quest'ultimo), ripone un legittimo affidamento nel fatto che tutte le vicende successive al contratto, sul piano della fisiologia come della patologia degli effetti, andranno a dipanarsi tra esse parti, senza alcun intervento ipotetici di terzi-mandanti (in assenza di un suo espresso consenso).

Proprio l'aspetto del difetto assoluto di consenso del terzo disvela l'ulteriore momento di debolezza della teoria dell'effetto (diretto, automatico, condizionale che si voglia) costituitosi in capo al mandante: ammettere la legittimità di tale traslatio non soltanto sotto il profilo attivo del credito (sicuramente cedibile senza consenso), ma dell'intera posizione contrattuale formalmente costituitasi in capo al mandatario si risolve, nella sostanza, se valutata non più nell'ottica del rapporto interno, ma in quella del terzo contraente, nell'ipotizzare una fattispecie di cessione senza, consenso del contraente ceduto, in evidente spregio al disposto dell'art. 1406 c.c. (non a caso, le sentenze predicative dell'orientamento meno restrittivo si limitano a discorrere, pudicamente, di modificazione soggettiva del rapporto, senza ulteriori approfondimenti).

Le norme in tema di mandato di cui dianzi si è espressamente ricordato il contenuto vanno, pertanto, interpretate nel senso che esse disegnano un complesso (anche se non del tutto coerente) sistema diacronico imperniato su di un evidente rapporto di regola/eccezione:

regola generale sarà, pertanto, quella, di cui all'art. 1705 c.c., secondo la quale il mandatario acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, i quali non hanno alcun rapporto con il mandante. Eccezionali risulteranno, per converso, quelle disposizioni che, in deroga a tale, generale meccanismo effettuale, ne prevedano, sul piano processuale, una sorte diversa, imperniata sulla immediata reclamabilità del diritto (di credito o reale) da parte del mandante. Queste regole operazionali, tanto sostanziali quanto processuali, nel porsi come eccezioni rispetto alla disciplina generale del mandato, sono pertanto di stretta interpretazione, e non consentono alcuna integrazione di tipo analogico, nè possono, nella specie, essere interpretate estensivamente, nella già rilevata ottica della tutela della posizione del terzo contraente. L'espressione "diritti di credito" di cui all'art. 1705 c.c., comma 2, va, pertanto, rigorosamente circoscritta all'esercizio (fisiologico) dei diritti sostanziali acquistati dal mandatario, con conseguente esclusione delle azioni poste a loro tutela (annullamento, risoluzione, rescissione, risarcimento).

Omissis.

3. Natura giuridica del mandato senza rappresentanza. Ipotesi di pagamento traslativo: Cass. civ., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459.

Nota. Questa sentenza verrà ripresa nelle successive lezioni.

Omissis.

*nell'atto di trasferimento del fiduciario - analogamente a quanto avviene nel mandato senza rappresentanza (art. 1706 c.c., comma 2) - si ha un'ipotesi di **pagamento traslativo**, perchè l'atto di trasferimento si identifica in un negozio traslativo di esecuzione, il quale trova il proprio fondamento causale nell'accordo fiduciario e nella obbligazione di dare che da esso origina.*

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Omissis.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Argomento 4

APPROFONDIMENTO TEMATICO

Mandato, fiducia, preliminare, commissione e spedizione.

A. Schema per punti

1. Mandato e fiducia: l'interposizione reale di persone. **1.1.** Mandato e negozio fiduciario ad acquistare beni immobili. **2.** Mandato e preliminare. **3.** Commissione e Spedizione.

Nota. *Si rinvia alla lezione per lo sviluppo dell'approfondimento tematico.*

B. Giurisprudenza

1. Interposizione reale, rappresentanza, fiducia e interposizione fittizia: Cass. civ., sez. II, 29 maggio 1993, n. 6024.

Nota. *L'interposizione reale è una nozione riferita al mandato senza rappresentanza, la riprenderemo trattando del negozio fiduciario.*

Massima:

mandato senza rappresentanza e patto di fiducia (se privi di profili di simulazione) si collocano, l'uno accanto all'altro, all'interno della categoria dell'interposizione reale e non già fittizia, quest'ultima presupponendo la sussistenza di una simulazione.

1.1. Segue: Cass. civ., sez. I, 17 aprile 2014, n. 8957.

Massima:

L'azione di simulazione (assoluta o relativa) dà luogo ad un litisconsorzio necessario **fra tutti i partecipanti all'accordo simulatorio**, giacché l'accertamento da svolgere comporta il mutamento della situazione giuridica unica e necessariamente comune a tutti i soggetti che hanno concorso a realizzare la situazione di apparenza contrattuale, nei confronti dei quali la sentenza che accerta la simulazione è destinata a spiegare i suoi effetti.

Per effetto dell'interposizione tra i soggetti finali dell'affare articolato nelle varie relazioni contrattuali si erige un muro: tra essi non si stabilisce nessun contatto, mentre ciascuno di essi è in rapporto con l'interposto. Senza il consenso dell'interposto, che contratta prima con l'uno, poi con l'altro, l'affare non si realizza.

1.2. Segue: Cass. civ., sez. II, 10 marzo 2015, n. 4738.

Massima:

L'interposizione fittizia di persona postula la imprescindibile partecipazione all'accordo simulatorio non solo del soggetto interponente e di quello interposto, ma anche del terzo contraente, chiamato ad esprimere la propria adesione all'intesa raggiunta dai primi due (contestualmente od anche successivamente alla formazione dell'accordo simulatorio) **onde manifestare la volontà di assumere diritti ed obblighi contrattuali direttamente nei confronti dell'interponente.**

1.3. Segue: Cass. civ., sez. I, 21 marzo 2016, n. 5507.

Massima:

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

L'intestazione fiduciaria di titoli azionari (o di quote di partecipazione societaria) integra gli estremi dell'interposizione reale di persona, per effetto della quale l'interposto acquista (a differenza che nel caso di interposizione fittizia o simulata) la titolarità delle azioni o delle quote, pur essendo, in virtù di un rapporto interno con l'interponente di natura obbligatoria, tenuto ad osservare un certo comportamento, convenuto in precedenza con il fiduciante, nonché a ritrasferire i titoli a quest'ultimo ad una scadenza convenuta, ovvero al verificarsi di una situazione che determini il venir meno del rapporto fiduciario.

2. Mandato ad acquistare beni immobili, negozio fiduciario e contratto preliminare. Cass. civ., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459.

Nota. Questa sentenza verrà ripresa nelle successive lezioni.

Omissis.

6. - L'indirizzo dominante, nel richiedere la forma scritta ad validitatem del patto fiduciario con oggetto immobiliare, muove da un'equiparazione del patto al contratto preliminare: sia per la somiglianza strutturale (obbligatorietà del futuro contrahere) tra l'uno e l'altro negozio, sia per la similitudine effettuale, che si risolverebbe nell'eadem ratio del requisito di forma imposto dall'art. 1351 c.c.. In sostanza, si riconosce l'esistenza di un collegamento tra l'art. 1351 c.c., e l'art. 2392 c.c., nel senso che, riferendosi l'art. 2392 c.c., a tutti i contratti produttivi di un obbligo a contrarre, anche l'art. 1351 c.c., dovrebbe estendersi a tutti i contratti che obblighino i contraenti a stipulare un ulteriore negozio formale, con la conseguenza che la norma non riguarderebbe soltanto il contratto preliminare, ma ogni negozio fonte di successivi obblighi a contrarre, e tra questi il patto fiduciario.

6.1. - Questo orientamento - dalla dottrina talvolta condiviso o ritenuto plausibile, talaltra considerato frutto di forti e patenti approssimazioni - deve essere rimeditato.

Nel rapporto che si realizza per mezzo di un acquisto compiuto dal fiduciario, per conto del fiduciante, direttamente da un terzo, il pactum fiduciae - con cui il fiduciario si obbliga a gestire la posizione giuridica di cui è investito secondo modalità predeterminate e a ritrasferire la stessa al fiduciante - è assimilabile, ad avviso del Collegio, al mandato senza rappresentanza, non al contratto preliminare.

In questo senso convergono le indicazioni della giurisprudenza e le analisi della dottrina.

Quando pone l'accento sulla struttura e sulla funzione del pactum fiduciae, la giurisprudenza (Cass., Sez. I, 20 maggio 1976, n. 1798) non esita a ricondurre al mandato senza rappresentanza (in particolare, ai rapporti interni tra mandante e mandatario) il patto di ritrasferire al fiduciante il diritto acquistato dal fiduciario. "L'eventualità che la fiducia si estrinsechi attraverso il patto di ritrasferire al fiduciante il diritto acquisito dal fiduciario e che, quindi, venga ad atteggiarsi come un mandato senza rappresentanza (...) è da ritenere (...) perfettamente conforme alla potenziale estensione ed articolabilità del patto relativo": "il mandato senza rappresentanza, infatti, costituendo lo strumento tipico dell'agire per conto (ma non nel nome) altrui, non solo può piegarsi alle esigenze di un pactum fiduciae che contempra l'obbligo del fiduciario di ritrasferire al fiduciante un diritto, ma si pone anzi come la figura negoziale praticamente meglio idonea ad assorbire, senza residui e senza necessità di ulteriori combinazioni, (...) quel determinato intento".

La dottrina, dal canto suo, evidenzia come mandato (in nome proprio) e negozio fiduciario si presentino entrambi come espressioni della interposizione reale di persona: in particolare, con specifico riguardo all'ipotesi, che qui viene in rilievo, del soggetto che abbia acquistato un bene utilizzando la provvista di altri e per seguire le istruzioni ricevute, essa perviene alla conclusione che tale posizione può essere qualificata come mandato o come fiducia, ma che le norme applicabili sono comunque le stesse.

Sul versante del rapporto tra preliminare e patto fiduciario - al di là della affinità legata al fatto che anche nel pactum fiduciae, come nell'obbligo nascente dal contratto preliminare, è ravvisabile

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

un momento iniziale con funzione strumentale rispetto ad un momento finale - la riflessione in sede scientifica mette in luce la diversità degli assetti d'interessi perseguiti dall'una e dall'altra figura.

Nel preliminare, infatti, l'effetto obbligatorio è strumentale all'effetto reale, e lo precede; nel contratto fiduciario l'effetto reale viene prima, e su di esso s'innesta l'effetto obbligatorio, la cui funzione non è propiziare un effetto reale già prodotto, ma conformarlo in coerenza con l'interesse delle parti. Ne consegue che, mentre l'obbligo di trasferire inerente al preliminare di vendita immobiliare è destinato a realizzare la consueta funzione commutativa, la prestazione traslativa stabilita nell'accordo fiduciario serve, invece, essenzialmente per neutralizzare il consolidamento abusivo di una situazione patrimoniale vantaggiosa per il fiduciario a danno del fiduciante.

Inoltre, l'obbligo nascente dal contratto preliminare si riferisce alla prestazione del consenso relativo alla conclusione di un contratto causale tipico (quale la vendita), con la conseguenza che il successivo atto traslativo è qualificato da una causa propria ed è perciò improntato ad una funzione negoziale tipica; diversamente, nell'atto di trasferimento del fiduciario - analogamente a quanto avviene nel mandato senza rappresentanza (art. 1706 c.c., comma 2) - si ha un'ipotesi di **pagamento traslativo**, perchè l'atto di trasferimento si identifica in un negozio traslativo di esecuzione, il quale trova il proprio fondamento causale nell'accordo fiduciario e nella obbligazione di dare che da esso origina.

Le differenze esistenti tra il contratto preliminare e il pactum fiduciae escludono, dunque, la possibilità di equiparare le due figure ai fini di un eguale trattamento del regime formale.

Quanto, poi, al collegamento tra la natura immobiliare del bene acquistato dal fiduciario e l'esecuzione specifica dell'obbligo di trasferimento rimasto inadempito, si è chiarito che il rimedio dell'esecuzione in forma specifica non è legato alla forma del negozio da cui deriva l'obbligo di contrattare, potendo l'art. 2932 c.c., trovare applicazione anche là dove l'obbligo di concludere un contratto riguarda cose mobili e si trovi pertanto contenuto in un contratto non formale, perchè volto, appunto, al trasferimento di beni mobili.

6.2. - La **riconduzione allo schema del mandato senza rappresentanza del pactum fiduciae** che s'innesta sull'istituzione in capo al fiduciario di un bene da questo acquistato utilizzando la provvista fornita dal fiduciante, orienta la soluzione del problema della forma dell'impegno dell'accordo fiduciario con oggetto immobiliare.

Invero, al fine di stabilire se un contratto atipico sia o meno soggetto al vincolo di forma, occorre procedere - secondo l'insegnamento di autorevole dottrina - con il metodo dell'analogia, ed accertare se il rapporto di somiglianza intercorra con un contratto tipico a struttura debole (tale essendo quello strutturato dal legislatore sui tre elementi dell'accordo, della causa e dell'oggetto, senza alcun requisito di forma) o con un contratto tipico a struttura forte (nel quale invece il requisito della forma concorre ad integrare la fattispecie), perchè soltanto nel secondo caso anche per il negozio atipico è configurabile il requisito di forma.

6.3. - Ora, il mandato senza rappresentanza che abbia per oggetto l'acquisto di beni immobili per conto del mandante e in nome del mandatario, è un **contratto a struttura debole**.

Superando l'orientamento, che risaliva a una pronuncia delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 19 ottobre 1954, n. 3861), che, considerato l'esito reale mediato, garantito da un meccanismo legale munito di forte effettività, estendeva al mandato il vincolo di forma prescritto per il contratto traslativo immobiliare, la giurisprudenza di questa Corte - a partire dalla citata sentenza della Terza Sezione 2 settembre 2013, n. 20051, alla quale ha fatto seguito Cass., Sez. III, 28 ottobre 2016, n. 21805 - ha infatti statuito che, in ossequio al principio di libertà della forma, il mandato senza rappresentanza per l'acquisto di beni immobili non necessita della forma scritta e che il rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di trasferire al mandante l'immobile acquistato dal mandatario è esperibile anche quando il contratto di mandato senza rappresentanza sia privo di forma scritta.

A tale approdo la giurisprudenza di legittimità è pervenuta rilevando che:

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

- tra il mandante e il mandatario senza rappresentanza trova applicazione il solo rapporto interno, laddove la necessità della forma scritta si impone per gli atti che costituiscono titolo per la realizzazione dell'effetto reale in capo alla parte del negozio;
 - le esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto, sottese all'imposizione della forma scritta quale requisito di validità del contratto traslativo del diritto reale sul bene immobile, non si pongono con riferimento al mandato ad acquistare senza rappresentanza, dal quale non sorgono effetti reali, ma meramente obbligatori;
 - i requisiti di forma scritta concernono esclusivamente l'acquisto che il mandatario effettua dal terzo (rapporto esterno) e per quello di successivo trasferimento in capo al mandante del diritto reale sul bene immobile a tale stregua acquistato;
- l'art. 1351 c.c. è norma eccezionale, come tale non suscettibile di applicazione analogica, e neppure di applicazione estensiva, attesa l'autonomia e la netta distinzione sussistente tra mandato e contratto preliminare.*

Argomento 5

TRACCIA

Contratto stipulato dal *falsus procurator* e contratto sotto falso nome, con particolare riferimento alle forme di tutela delle parti.

A. Schema per punti

1. Concezione formale e sostanziale della rappresentanza: cenni. 2. Fonti di regolazione e descrizione del contratto stipulato dal *falsus procurator*. 3. Rimedi di invalidità o inefficacia. Natura del contratto e ruolo della ratifica. 4. Rimedi di responsabilità: responsabilità precontrattuale e inefficacia del contratto stipulato. 5. La rilevabilità d'ufficio dell'inefficacia e la tutela del falso rappresentato. 6. Contratto sotto falso nome.

Nota. *Si rinvia alla lezione per lo sviluppo della traccia.*

B. Giurisprudenza

1. Natura del contratto stipulato dal *falsus procurator*: Cass. civ., sez. III, 10 novembre 2016, n. 22891.

Omissis.

*Il contratto stipulato dal *falsus procurator* non è né nullo, né annullabile, ma semplicemente inefficace fino all'eventuale ratifica da parte del dominus.*

Omissis.

2. La ratifica dell'attività svolta dal *falsus procurator*: Cass. civ., sez. II, 27 dicembre 2017, n. 30938.

Massima:

Nella rappresentanza senza potere la ratifica dell'attività svolta dal "falsus procurator" non si realizza con la semplice conoscenza che di essa abbia avuto il "dominus", ma richiede che questi ponga in essere una manifestazione di volontà, da rendere nota all'altro contraente, diretta ad approvare il contratto concluso senza potere rappresentativo ed a farne propri, con efficacia retroattiva, gli effetti.

3. Rilevabilità d'ufficio della inefficacia del contratto stipulato dal *falsus procurator*: Cass. civ., sez. un., 3 giugno 2015, n. 11377.

Omissis.

*La Cass. 14688/14 ha rimesso alle Sezioni Unite la questione relativa alla rilevabilità d'ufficio della inefficacia del contratto stipulato dal *falsus procurator*. In questa ordinanza di remessione alle Sezioni Unite, la Cassazione sostiene che l'orientamento pacifico è nel senso che non sia rilevabile d'ufficio l'inefficacia ma ci si trova in presenza di un'eccezione in senso stretto che può essere fatta valere soltanto dal rappresentato (questione al confine tra il processuale e il sostanziale). Nel processo civile ci sono delle barriere preclusive date dall'art. 183 c.p.c. e dall'art. 345 c.p.c. cd. nova in appello; se è rilevabile d'ufficio non operano le preclusioni, altrimenti operano le preclusioni. In linea generale la differenza tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato è che le prime ricorrono quando o esiste una norma che espressamente conferisce quel potere esclusivamente alla*

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

parte (esempio: eccezione di prescrizione) oppure se manca una norma, come sottolineato dalla dottrina pressoché unanime, è necessaria l'indagine del rapporto sostanziale e, se c'è un diritto potestativo rimesso all'esclusivo esercizio del titolare del potere stesso, allora ci si trova in presenza di un'eccezione in senso stretto (negli altri casi l'eccezione è in senso lato). Nel caso specifico della rilevanza d'ufficio dell'inefficacia del contratto stipulato dal falsus procurator, la Cassazione sostiene che non ci si trova in presenza di un diritto potestativo a far valere l'impugnazione negoziale (come nell'annullabilità) perché il contratto è privo di effetti (inefficace) e non c'è un'ipotesi prevista dalla legge che configura quell'eccezione come eccezione in senso stretto. Per questo motivo non esistendo un diritto potestativo ed essendo questa un'ipotesi di inefficacia, la Cassazione conclude che l'inefficacia del contratto stipulato dal falsus procurator sarebbe rilevabile d'ufficio.

1. La questione di massima di particolare importanza rimessa all'esame delle Sezioni Unite è se la deduzione della inefficacia del contratto concluso dal falsus procurator costituisca materia di eccezione in senso stretto, che come tale può essere sollevata solo dal falsamente rappresentato ed esclusivamente nella fase iniziale del processo di primo grado, o sia una eccezione in senso lato, dunque non solo rilevabile d'ufficio ma proponibile dalle parti per tutto il corso del giudizio di primo grado e finanche per la prima volta in appello.

2. - Secondo la giurisprudenza di questa Corte, l'inefficacia del contratto concluso dal rappresentante senza poteri o eccedendo i limiti dei poteri conferitigli non può rilevarsi d'ufficio ma solo su eccezione di parte, ed essendo volta a tutelare il falso rappresentato può essere fatta valere solo da quest'ultimo (o dai suoi eredi), mentre non è invocabile dal terzo contraente, il quale, ai sensi dell'art. 1398 c.c., può unicamente chiedere al falsus procurator il risarcimento dei danni sofferti per avere confidato senza propria colpa nell'operatività del contratto.

Questo principio di diritto ha dato vita ad un orientamento uniforme e consolidato nel tempo

La conseguenza di tale indirizzo giurisprudenziale è che dell'inefficacia del contratto concluso dal falsus procurator il giudice non può tenere conto se, pur emergendo dagli atti di causa il difetto del potere rappresentativo e la mancanza della intervenuta ratifica, lo pseudo rappresentato non solleva questa eccezione, o la solleva in ritardo rispetto al momento in cui avrebbe dovuto farlo.

Il fondamento dell'inquadramento dell'eccezione di inefficacia del contratto tra le eccezioni in senso stretto viene fatto risiedere:

(a) nella circostanza che, non vertendosi in ipotesi di nullità, non soccorre la regola dettata dall'art. 1421 c.c.; (b) nel rilievo che si è di fronte ad una inefficacia asimmetrica (il terzo contraente è vincolato, mentre il falsamente rappresentato non lo è), e che l'improduttività di effetti è rivolta alla protezione della sfera giuridica della persona in nome della quale il falso rappresentante ha agito.

3. - La dottrina generalmente approva la soluzione della giurisprudenza.

Talora si sottolinea che l'inefficacia del contratto tutela il falso rappresentato: per questo può farsi valere solo da lui; non può rilevarsi d'ufficio; tanto meno può invocarsi dal terzo contraente, il quale è vincolato dal contratto.

Talaltra si rileva che, nella prospettiva normativa, il dominus si pone come arbitro delle sorti della fattispecie, in positivo e in negativo, potendo sia ratificare il negozio o farne al contrario dichiarare la definitiva inidoneità operativa: a differenza dell'eccezione di nullità, che si colloca in una dimensione statica, l'eccezione dello pseudo rappresentato si inserisce in una vicenda instabile e fluida, perché l'assenza del vincolo è recuperabile ad libitum dell'interessato.

Ancora, si associa la natura in senso stretto dell'eccezione al fatto che la legittimazione ad agire per far valere l'inefficacia del contratto spetta soltanto allo pseudo rappresentato.

3.1. - Questo indirizzo interpretativo, che riconduce l'inefficacia del contratto nei confronti della persona in nome della quale il falso rappresentante ha agito nel novero delle eccezioni riservate alla disponibilità dell'interessato, è stato messo, di recente, in discussione da alcune voci dottrinali, che ne hanno evidenziato la non coerenza con il criterio generale in tema di distinzione fra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato nel frattempo elaborato, con riguardo alle fattispecie

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

estintive, modificative o impeditive, dalla giurisprudenza di queste Sezioni Unite, a partire dalla sentenza 3 febbraio 1998, n. 1099, fino alla ordinanza 7 maggio 2013, n. 10531, passando per la sentenza 27 luglio 2005, n. 15661.

In base a tale criterio distintivo, di norma, tutti i fatti estintivi, modificativi od impeditivi, siano essi fatti semplici oppure fatti-diritti che potrebbero essere oggetto di accertamento in un autonomo giudizio, sono rilevabili d'ufficio, e dunque **rappresentano eccezioni in senso lato**; l'ambito della rilevanza a istanza di parte (**eccezioni in senso stretto**) è confinato ai casi specificamente previsti dalla legge o a quelli in cui l'effetto estintivo, impeditivo o modificativo si ricollega all'esercizio di un diritto potestativo oppure si coordina con una fattispecie che potrebbe dar luogo all'esercizio di un'autonoma azione costitutiva.

Muovendosi in questa prospettiva - e premesso che per far valere il fatto impeditivo costituito dalla non operatività, per la sfera giuridica dello pseudo rappresentato, del contratto concluso dal rappresentante in carenza o in eccesso di potere rappresentativo, la legge non prevede espressamente l'indispensabile iniziativa della parte - una parte della dottrina ha appunto contestato che l'eccezione di inefficacia corrisponda all'esercizio di un potere costitutivo dello pseudo rappresentato.

Al riguardo si è rilevato che:

- (a) il codice civile non ha costruito la figura del contratto concluso dal rappresentante senza procura o travalicando i limiti della procura **come una fattispecie temporaneamente vincolante anche per lo pseudo rappresentato, dotata quindi di un'efficacia precaria** che questi possa rimuovere soltanto attraverso un recesso o un rifiuto eliminativo ovvero mediante l'esercizio, nel processo, con la proposizione dell'eccezione ad esso riservata, di un potere conformativo di scioglimento;

- (b) si è invece di fronte ad una non vincolatività che consegue automaticamente al difetto di **legittimazione rappresentativa dello stipulante**, secondo lo schema norma-fatto-effetto, e che non abbisogna, per dispiegarsi, dell'intermediazione necessaria dell'esercizio di un potere sostanziale rimesso al falsus dominus;

- (c) affinché lo stato originario di inefficacia resti immutato, e sia riscontrabile dal giudice, non è richiesta allo pseudo rappresentato alcuna iniziativa: egli non deve esercitare alcun diritto potestativo per liberarsi da un contratto che è già, per lui, privo di ogni effetto;

- (d) il legislatore ha sì previsto, in capo al falsamente rappresentato, la titolarità, esclusiva e riservata, di un diritto potestativo: ma questo diritto è quello di imputarsi il contratto realizzando, attraverso la ratifica, la condizione esterna di efficacia dello stesso, non quello di sciogliersi dal vincolo.

Si è inoltre evidenziato che se l'eccezione di inefficacia del contratto è sottratta al rilievo officioso, pur quando la carenza o l'eccesso di potere di chi ha agito come rappresentante emerga ex actis, e la parte interessata, in ragione di una preclusione processuale, non possa più sollevarla in appello, il risultato che si otterrebbe è la **ratifica tacita** retta dal principio dell'imputet sibi, indipendentemente dall'effettiva ravvisabilità di comportamenti o atti, da parte dello pseudo rappresentato, che implicino necessariamente la volontà di ritenere per sé efficace quel contratto o che, comunque, siano incompatibili con il suo rifiuto.

Ma si tratterebbe - si è fatto notare - di un risultato contrario al diritto sostanziale. Se si attribuisse valore di una ratifica al silenzio mantenuto, rispetto alla domanda giudiziale, dall'interessato che sia rimasto contumace o abbia adottato una strategia processuale che non necessariamente sottende la volontà di fare proprio il contratto rappresentativo, ciò significherebbe, per un verso, **far discendere da un comportamento processuale un effetto diametralmente opposto a quello che si sarebbe avuto con l'interpello ai sensi dell'art. 1399 c.c., comma 4, e**, per l'altro verso, ricollegare un effetto appropriativo del negozio, con la conseguente instaurazione di una situazione nuova, alla mancata risposta all'invito a difendersi, quando sul piano sostanziale il silenzio del dominus rispetto all'invito proveniente dal terzo contraente ha valore di negazione della ratifica dell'operato del falso

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

rappresentante.

4. - La necessità di interrogarsi se, nella dinamica del processo, la inefficacia, nei confronti del dominus, del contratto concluso dal falsus procurator, costituisca una eccezione in senso lato o una eccezione in senso stretto, **sorge ove si muova dalla premessa che la mancanza del potere rappresentativo in capo a chi ha speso il nome altrui rappresenti un fatto impeditivo della pretesa azionata in giudizio dal terzo contraente.**

Solo in tale prospettiva, infatti, si pone il problema se basti, al fine di far scattare la possibilità, per il giudice, di porlo a base della decisione, il presupposto minimo che detto fatto impeditivo risulti dagli atti legittimamente acquisiti in causa; o se occorra anche l'espressa e tempestiva istanza dello pseudo rappresentato affinché gli effetti sostanziali del fatto impeditivo, ove riscontrato esistente sul piano sostanziale, possano essere utilizzati dal giudice come motivo di rigetto della domanda dell'attore.

5. - Ad avviso del Collegio, in tema di rappresentanza volontaria, la sussistenza del potere rappresentativo, con l'osservanza dei suoi limiti, costituisce una circostanza che ha la funzione specifica di rendere possibile che il contratto concluso dal rappresentante in nome del rappresentato produca direttamente effetto nei confronti del rappresentato: come tale, essa **è ricompresa nel nucleo della fattispecie posta a base della pretesa e integra un elemento costitutivo della domanda che il terzo contraente intenda esercitare nei confronti del rappresentato.**

Quando si tratta di stabilire, non già semplicemente se il contratto si sia perfezionato, ma se esso produca direttamente effetto nei confronti del rappresentato, la situazione fenomenica assunta nello schema astratto della disciplina legale pone la **legittimazione rappresentativa**, accanto allo scambio dei consensi e alla spendita del nome altrui, **come elemento strutturale e come ragione dell'operatività, per la sfera giuridica del rappresentato, del vincolo e degli effetti che da esso derivano.**

E' noto che il fatto impeditivo si identifica con la mancanza di un presupposto di efficacia, che interrompe il normale ciclo del fenomeno giuridico: collocandosi in una posizione diaframmatica tra il momento della rilevanza e quello della efficacia, il fatto impeditivo, in quanto portatore di un interesse antitetico e prevalente rispetto a quello rappresentato dal fatto inibito, neutralizza, con la propria azione, l'operatività di una fattispecie già completa, impedendole, così, di liberare gli effetti cui avrebbe dato altrimenti luogo.

Ad avviso del Collegio, il terzo contraente che deduce in giudizio un contratto stipulato con il rappresentante per ottenere il riconoscimento e la tutela, nei confronti del rappresentato, di diritti che da quel contratto derivano, pone a fondamento della propria pretesa, non solo (a) gli elementi che l'art. 1325 c.c., richiede per il perfezionamento del contratto, ma anche (b) che detto contratto è stato concluso da un soggetto, il rappresentante, autorizzato dal rappresentato a stipulare in suo nome, o (b1) che lo pseudo rappresentato, attraverso la ratifica, ha attribuito ex post al falso rappresentante quella legittimazione a contrarre per lui, che gli mancava al tempo del contratto.

Dunque, **la presenza di quel potere rappresentativo (o la ratifica da parte dell'interessato) si pone come fatto costitutivo rilevante, come nucleo centrale del fenomeno giuridico di investitura specificamente considerato, in quanto coelemento di struttura previsto in funzione della regola di dispiegamento degli effetti negoziali diretti nei confronti del rappresentato.**

5.1. - E' il contesto di diritto sostanziale di riferimento, per come rico-struito dalla dottrina e declinato nelle regole applicative dagli orientamenti giurisprudenziali, che induce a questa soluzione.

Ai sensi dell'art. 1388 cod. civ., infatti, il contratto concluso dal rappresentante in nome del rappresentato produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato solo se concluso nei limiti delle facoltà conferite al rappresentante. La legge condiziona dunque la verifica dell'effetto negoziale diretto nei confronti del rappresentato alla sussistenza della legittimazione rappresentativa in capo al rappresentante. Il contratto, già perfezionato nei suoi elementi essenziali, è pertinente al

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

rappresentato soltanto se questi ha autorizzato che lo si stipulasse in suo nome.

Invece il negozio concluso da chi agisce come rappresentante senza essere tale oppure da chi, pur essendo titolare del potere rappresentativo, ne abbia ecceduto i limiti, non impegna la sfera giuridica del preteso rappresentato, cioè della persona il cui nome è stato illegittimamente speso.

Il contratto stipulato in difetto o in eccesso di rappresentanza non vincola il falsamente rappresentato verso il terzo, perchè chi ha agito non aveva il potere di farlo. Si tratta di un contratto - non nullo e neppure annullabile - ma inefficace in assenza di ratifica (Sez. 2[^], 15 dicembre 1984, n. 6584; Sez. 1[^], 14 maggio 1997, n. 4258; Sez. 2[^], 11 ottobre 1999, n. 11396; Sez. 2[^], 7 febbraio 2008, n. 2860): il negozio stipulato, in rappresentanza di altri, da chi non aveva il relativo potere, è privo di ogni efficacia come tale, potendo acquistarla soltanto in seguito all'eventuale ratifica da parte dell'interessato (Sez. 2[^], 26 novembre 2001, n. 14944). Il terzo contraente, pertanto, non ha titolo per esercitare nei confronti dello pseudo rappresentato l'azione di inadempimento (Sez. 1[^], 29 agosto 1995, n. 9061) nè quella per l'esecuzione del contratto (Sez. 3[^], 23 marzo 1998, n. 3076). Talvolta si afferma anche che l'inefficacia (temporanea) discende dal fatto che il contratto concluso dal falsus procurator costituisce una fattispecie soggettivamente complessa o a formazione progressiva, un negozio in itinere o in stato di pendenza, destinato a perfezionarsi con la ratifica del dominus (Sez. 2[^], 8 luglio 1983, n. 4601; Sez. 2[^], 17 giugno 2010, n. 14618). Ove la spendita del nome non trovi giustificazione nel potere di rappresentanza (si legge in Sez. 1[^], 9 dicembre 1976, n. 4581) "il negozio non si può ritenere concluso nè dal sostituto nè dal sostituito ed è perciò improduttivo degli effetti suoi propri, configurando ... una fattispecie negoziale in itinere, al cui perfezionamento è necessario, ai sensi dell'art. 1399 c.c., l'ulteriore elemento della ratifica, solo in conseguenza della quale il regolamento diventa retroattivamente impegnativo anche per il dominus"; "il contratto - medio tempore, cioè tra il momento della conclusione e quello della ratifica - è in stato di quiescenza" (Sez. 1[^], 24 giugno 1969, n. 2267).

5.1.1. - D'altra parte, quando si pone sul terreno dell'applicazione della regola dell'onere della prova, la giurisprudenza di questa Corte non esita a collocare il potere rappresentativo tra gli elementi della fattispecie costitutiva.

Si afferma, infatti, che, poichè il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell'interesse del rappresentato produce, a norma dell'art. 1388 cod. civ., direttamente i suoi effetti nei confronti di quest'ultimo solo in quanto il rappresentante abbia agito nei limiti delle facoltà conferitegli, ove il rappresentato neghi di avere rilasciato l'invocata procura, spetta al terzo che ha contrattato con il rappresentante l'onere di provare l'esistenza e i limiti della procura (Sez. 3[^], 10 ottobre 1963, n. 2694; Sez. 3[^], 7 gennaio 1964, n. 13; Sez. 1[^], 13 dicembre 1966, n. 2898; Sez. 3[^], 26 ottobre 1968, n. 3598; Sez. 3[^], 30 maggio 1969, n. 1935; Sez. 3[^], 8 febbraio 1974, n. 372; Sez. 3[^], 25 novembre 1976, n. 4460; Sez. Lav., 29 luglio 1978, n. 3788).

6. - La deduzione della inefficacia del contratto stipulato in suo nome da un rappresentante senza poteri rappresenta, pertanto, non una eccezione, ma mera difesa, con la quale il convenuto non estende l'oggetto del processo al di là del diritto fatto valere dall'attore, nè allarga l'insieme dei fatti rilevanti allegati al giudizio.

6.1. - Trattandosi di mera difesa, varranno le seguenti regole processuali:

- (a) in linea di principio, per la formulazione di tale deduzione difensiva il codice di procedura civile non prevede alcuna specifica limitazione temporale (cfr. Sez. 3[^], 16 luglio 2002, n. 10280; Sez. lav., 9 ottobre 2007, n. 21073; Sez. 3[^], 17 maggio 2011, n. 10811; Sez. lav., 16 novembre 2012, n. 20157; Sez. 3[^], 12 novembre 2013, n. 25415);

- (b) peraltro, la circostanza che l'interessato, costituito nel processo, ometta di prendere posizione circa la sussistenza del potere rappresentativo allegato dall'avversario a sostegno della propria domanda, o comunque ometta di contestare specificamente tale fatto, costituisce un comportamento processuale significativo e rilevante sul piano della prova del fatto medesimo, determinando, in applicazione del principio di non contestazione (per cui v., ora, l'art. 115 c.p.c., comma 1), una

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

relevatio ab onere probandi;

- (b1) poichè la non contestazione è un comportamento processualmente significativo se riferito a un fatto da accertare nel processo e non alla determinazione della sua dimensione giuridica (cfr. Sez. Un., 23 gennaio 2002, n. 761), il difetto di specifica contestazione non spiega alcuna rilevanza quando la mancanza del potere rappresentativo dipenda, ad esempio, dalla nullità della procura, per difetto di forma prescritta per la sua validità;

- (b2) il mero difetto di contestazione specifica, ove rilevante, non impone in ogni caso al giudice un vincolo assoluto (per così dire, di piena conformazione), obbligandolo a considerare definitivamente come provata (e quindi come positivamente accertata in giudizio) la legittimazione rappresentativa non contestata, in quanto il giudice può sempre rilevare l'inesistenza del fatto allegato da una parte anche se non contestato dall'altra, ove tale inesistenza emerga dagli atti di causa e dal materiale probatorio raccolto (cfr. Sez. lav., 6 dicembre 2004, n. 22829; Sez. lav., 8 agosto 2006, n. 17947; Sez. lav., 10 luglio 2009, n. 16201; Sez. lav., 4 aprile 2012, n. 5363);

- (c) allorchè la mancanza del potere rappresentativo sia acquisita agli atti, di essa il giudice può tenere conto anche in assenza di una specifica deduzione della parte interessata, giacchè la sussistenza dei fatti costitutivi della domanda deve essere esaminata e verificata dal giudice anche d'ufficio (cfr. Sez. 1^a, 5 agosto 1948, n. 1390; Sez. 2^a, 15 febbraio 2002, n. 2214; Sez. 3^a, 28 giugno 2010, n. 15375);

7. - Se poi sia lo pseudo rappresentato ad agire in giudizio con una domanda che presuppone l'efficacia del contratto concluso in suo nome dal rappresentante senza poteri (ad esempio, al fine di ottenere la condanna del terzo ad adempiere o la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte), certamente nè il terzo potrà difendersi opponendo la carenza del potere di rappresentanza, nè vi sarà spazio per un rilievo officioso di quella carenza di legittimazione. Lo stesso superamento delle ragioni per una rilevanza da parte del giudice si avrà se lo stesso pseudo rappresentato, questa volta convenuto in giudizio, si difenda nel merito tenendo un comportamento da cui risulti in maniera chiara e univoca la volontà di fare proprio il contratto concluso in suo nome e conto dal falsus procurator (cfr. Sez. 2^a, 15 novembre 1994, n. 9638; Sez. 1^a, 8 aprile 2004, n. 6937).

Nell'uno e nell'altro caso, questo dipende dal fatto che il comportamento tenuto nel processo dal dominus opera anche sul terreno del diritto sostanziale, facendo venir meno, con la ratifica (pur se tacita), l'originaria carenza dei poteri di rappresentanza e, con essa, la non vincolatività, per la sfera giuridica della persona il cui nome è stato speso, del contratto stipulato dal falsus procurator.

8. - Conclusivamente, deve essere affermato il seguente principio di diritto: "Poichè la sussistenza del potere rappresentativo in capo a chi ha speso il nome altrui è elemento costitutivo della pretesa che il terzo contraente intenda far valere in giudizio sulla base di detto negozio, non costituisce eccezione, e pertanto non ricade nelle preclusioni previste dagli artt. 167 e 345 c.p.c., la deduzione della inefficacia per lo pseudo rappresentato del contratto concluso dal falsus procurator; ne consegue che, ove il difetto di rappresentanza risulti dagli atti, di esso il giudice deve tener conto anche in mancanza di specifica richiesta della parte interessata, alla quale, a maggior ragione, non è preclusa la possibilità di far valere la mancanza del potere rappresentativo come mera difesa".

Omissis.

3.1. Segue: **Cass. civ., sez. un., 4 marzo 2016 n. 4248.**

Massima:

Il difetto di rappresentanza processuale della parte può essere sanato in fase di impugnazione, senza che operino le ordinarie preclusioni istruttorie, e, qualora la contestazione avvenga in sede di legittimità, la prova della sussistenza del potere rappresentativo può essere data ai sensi dell'art. 372 c.p.c.; tuttavia, qualora il rilievo del vizio in sede di legittimità non sia officioso, ma provenga dalla controparte, l'onere di sanatoria del rappresentato sorge immediatamente, non essendovi necessità di

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

assegnare un termine, che non sia motivatamente richiesto, giacché sul rilievo di parte l'avversario è chiamato a contraddire.

3.2. *Segue*: **Cass. civ., sez. II, 24 gennaio 2018, n. 1751.**

Massima:

In tema di contratto stipulato da "falsus procurator", il potere rappresentativo in capo a chi ha speso il nome altrui è un elemento costitutivo della pretesa del terzo nei confronti del rappresentato e, pertanto, il suo difetto è rilevabile anche d'ufficio; tuttavia il comportamento processuale dello pseudo rappresentato che, convenuto in giudizio, tenga un comportamento da cui risulti in maniera univoca la volontà di fare proprio il contratto concluso in suo nome e per suo conto dal "falsus procurator", opera anche sul terreno del diritto sostanziale e vale quale ratifica tacita di tale contratto.

4. Sostituzione di persona ex art. 494 cod. pen.: categoria più ampia: **Cass. pen., sez. V, 6 luglio 2020, n. 22049.**

Massima:

Integra il delitto di sostituzione di persona la condotta di colui che crea ed utilizza un “profilo” su “social network”, servendosi abusivamente dell'immagine di un diverso soggetto, inconsapevole, in quanto idonea alla rappresentazione di un'identità digitale non corrispondente al soggetto che ne fa uso (Fattispecie relativa alla creazione di falsi profili “facebook”).

C. Dottrina

1. C. Dore jr., *Il contratto sotto nome altrui* in *Contratto e Impr.*, 2008, 3, 780 (articolo rivisto e integrato dal docente).

1. Inquadramento generale

Il discorso assume maggiore complessità nel momento in cui l'autore della dichiarazione di volontà non agisce in nome altrui nel senso appena chiarito, ma sotto nome altrui, cioè attribuendosi, nella manifestazione della volontà contrattuale, il nome proprio di altra persona determinata. In questo caso infatti il dichiarante non spende il nome altrui al fine di mettere in risalto la distinzione esistente tra la sua posizione di mero stipulante e quella del soggetto che assume la titolarità del rapporto contrattuale da lui posto in essere, ma si appropria di tale nome, rendendo palese l'intento di farsi carico degli effetti derivanti dal medesimo contratto.

2. Le ragioni del ricorso all'istituto

Sussistendo quindi la fattispecie dell'agire sotto nome altrui allorché un soggetto si attribuisce un nome appartenente ad altra persona nello svolgimento dell'attività negoziale, si rileva che molteplici possono essere le finalità che il dichiarante intende perseguire attraverso questa stipulazione.

Tali finalità possono anzitutto non essere immediatamente riferite alla conclusione del contratto: in questo senso, si pensi all'esempio, cui sovente ricorre la dottrina, **del noto artista che**, desiderando trascorrere un periodo di riposo presso una località di villeggiatura, utilizza un nome altrui nel perfezionare il contratto di locazione, nel tentativo di tenere il più possibile riservata la notizia della sua permanenza presso la suddetta località. In tal caso, l'impiego del nome altrui non è diretto a carpire fraudolentemente il consenso dell'altro contraente in ordine al perfezionamento del negozio, ma a perseguire un risultato estraneo all'assetto di interessi programmato dal negozio medesimo.

È comunque innegabile che il più delle volte il dichiarante, individuando nel contratto lo strumento utile per il soddisfacimento di un suo interesse, si **avvale del nome altrui per trarre in inganno la controparte circa la propria identità, in modo tale da carpirne l'assenso**. Emblematica in questo senso può essere l'ipotesi del professionista che, al fine di assicurarsi un determinato incarico, si

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

presenta al cliente usando il nome di un suo più famoso collega, al fine di indurre il medesimo cliente a stipulare con lui il contratto d'opera intellettuale avente ad oggetto l'incarico de quo.

3. Contratti a soggetto indifferente e contratti a rilevanza personale

In ragione dell'impossibilità di ricondurre la fattispecie del contratto sotto nome altrui nell'ambito di una delle categorie paradigmatiche dell'agire per altri, si rileva che tale fattispecie presenta una serie di profili problematici in ordine ai quali la dottrina non ha ancora raggiunto una soluzione unitaria.

Tali problemi sono fondamentalmente sintetizzabili in due principali quesiti:

-da un lato, è discusso se il contratto de quo debba essere considerato come radicalmente nullo o come potenzialmente idoneo a produrre effetti (ferma restando la sua **eventuale impugnabilità** per errore o per dolo);

-d'altro lato, qualora si giunga ad affermare l'efficacia del negozio in questione, si pone la necessità di individuare, tra il **dichiarante e il titolare del nome**, il soggetto destinatario degli effetti prodotti dal medesimo.

Preliminarmente, appare chiaro che i problemi appena esposti non hanno ragion d'essere con riferimento ai **c.d. contratti a soggetto indifferente**, nei quali l'identità delle parti non ha nessuna influenza ai fini dell'instaurazione del vincolo negoziale. Viceversa, questi emergono in tutta la loro complessità nel momento in cui il dichiarante si avvale di un nome altrui nella stipulazione di un contratto qualificabile come personale o a rilevanza personale (13).

In questo senso, vengono definiti **personali o caratterizzati da intuitus personae** i contratti (quali il mandato, il contratto di lavoro subordinato, il contratto di prestazione d'opera, e più in generale tutti i negozi la cui attuazione implica una prestazione diretta del contraente) in cui l'identità di una tra le parti o le sue qualità personali devono considerarsi determinanti del consenso secondo un criterio di normalità. Con riferimento a tali fattispecie negoziali, l'error in persona risulta per forza di cose essenziale, rappresentando quindi sempre causa di annullamento dell'atto se caratterizzato dal requisito della riconoscibilità.

I contratti non contraddistinti dall'intuitus personae possono comunque avere rilevanza personale in quanto, ai fini della stipulazione, l'identità di uno tra i contraenti può risultare importante sotto il profilo della serietà e dei mezzi di cui il soggetto in questione può avvalersi nell'esecuzione della prestazione dovuta.

4. La tesi tedesca: nullità per mancanza di volontà del falsificatore

Le teorie dirette ad affermare la nullità del contratto in esame incontrarono ampi consensi nella dottrina tedesca dell'inizio del 1900, trovando in autori come Hupka e Pagel i loro principali sostenitori.

Il soggetto in questione infatti non spende il nome altrui senza avere la legittimazione necessaria a deviare in capo al rappresentato gli effetti del contratto da lui posto in essere, ma si cela sotto l'altrui nome al fine di far apparire la propria dichiarazione come proveniente recta via dallo stesso portatore del nome: per questo, il falsificatore viene descritto più come un falsus dominus che come un falsus procurator.

Tale dichiarazione sarebbe pertanto nulla in quanto frutto di una mera finzione, risultando diretta a creare la semplice apparenza di una volontà che concretamente non esiste.

Ciò malgrado, la teoria in commento si presta a due fondamentali censure: da un lato, si osserva infatti che: "se è vero che nel negozio concluso sotto il nome di un'altra persona non esiste una **dichiarazione del titolare del nome, non può però dirsi che non esista neanche una dichiarazione di chi ha agito o che essa sia nulla perché falsa. La dichiarazione in sé è vera ed appare anche realmente voluta. È solo il nome che è falso**, e ritenere che, a causa del nome falso, sia falsa e quindi nulla la dichiarazione stessa, significherebbe fare del nome un elemento essenziale della dichiarazione di volontà, un elemento costitutivo del negozio giuridico, cosa che non può ammettersi" (16).

5. Gli orientamenti della dottrina italiana.

5.1. Nullità per mancanza di volontà del soggetto usurpato

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Le opinioni formulate dai sopra citati esponenti della dottrina tedesca hanno indubbiamente avuto una notevole influenza sulle posizioni di alcuni autori italiani che a loro volta si sono proposti di dimostrare la nullità del contratto sotto nome altrui.

In tal senso, un'autorevole corrente di pensiero ha individuato la ragione giustificativa di siffatta ipotesi di nullità **nella mancanza di volontà del soggetto titolare del nome** da cui la dichiarazione sembra promanare (21).

È però altrettanto possibile che il dichiarante utilizzi il nome altrui proprio per indurre la controparte ad aderire a un regolamento contrattuale che egli intende porre in essere in quanto vuole giovare degli effetti che dal medesimo derivano. L'impiego del nome altrui nel perfezionamento del negozio non risulta quindi di per sé indicativo di una mancanza di volontà negoziale: nel caso appena descritto, una volontà **esiste, ed è quella esternata dal dichiarante (23)**.

5.2. Nullità per mancanza di accordo

Del pari non accoglibile è la tesi che sostiene la nullità del contratto in questione in ragione di una pretesa mancanza di accordo, considerato che la dichiarazione del soggetto che tratta con il falsificatore sarebbe inidonea a determinare la conclusione del medesimo in quanto diretta non al dichiarante (effettivo autore della proposta) ma al titolare del nome.

Ancora una volta però si rileva che l'utilizzo del nome altrui non sembra poter inficiare il corretto sviluppo del ciclo di perfezionamento dell'accordo, risultando semmai rilevante con riferimento al diverso ambito dell'annullamento del negozio così formato, qualora il destinatario della dichiarazione mendace faccia valere l'errore in cui è caduto (a causa della falsa dichiarazione) o il dolo perpetrato in suo danno.

L'art. 1326 c.c. statuisce infatti che il contratto si considera concluso nel momento in cui l'accettazione viene conosciuta dal soggetto che materialmente ha fatto la proposta, indipendentemente dal nome di cui questi si è servito nella manifestazione del consenso contrattuale.

5.3. Nullità per violazione di norma penale.

Più articolata si presenta invece la tesi che intende dimostrare la nullità del contratto sotto nome altrui in quanto tale fattispecie negoziale risulterebbe in contrasto con il disposto dell'art. 494 c.p. (delitti contro la fede pubblica, falsità personale)

individua il riferimento normativo in questione nell'appena citato art. 494 c.p.

La norma in esame configura infatti in termini di **reato il comportamento** di chiunque, al fine di assicurarsi un vantaggio o di arrecare ad altri un danno, sostituisce la propria all'altrui persona o si attribuisce un nome altrui, inducendo così in errore il soggetto con cui ha avuto modo di trattare.

In ragione di quanto appena esposto, sembrerebbe incontestabile l'affermazione secondo cui: "se il legislatore considera socialmente dannoso e perseguibile penalmente il fatto di chi inganni sulla propria identità al fine di trarne vantaggio o di arrecare danno, quello stesso legislatore ha con ciò negato in anticipo quel riconoscimento (costitutivo) che fa di una fattispecie materiale un negozio giuridico".

Di conseguenza, il contratto stipulato da un soggetto sotto nome altrui sarebbe nullo in quanto contrario al dettato **dell'art. 494 c.p. nel momento** in cui presenta tutti gli elementi costitutivi della fattispecie **penale incriminatrice**, (utilizzo del nome altrui; induzione in errore della controparte; volontà del falsificatore di assicurarsi un vantaggio o di arrecare ad altri un danno).

Premesso che non è questa la sede opportuna per esaminare in maniera approfondita la delicatissima materia del rapporto tra reato e contratto, ci limitiamo ad osservare che la valutazione in termini di illiceità penale della condotta del soggetto agente non deve condizionare l'indagine (da condursi alla luce dei principi del diritto civile) relativa alla validità del negozio posto in essere attraverso la condotta criminosa.

Nella prospettiva del primo comma **dell'art. 1418 c.c., il contratto** è infatti nullo per contrarietà a norma imperativa nel momento in cui è la regola pattizia elaborata dalle parti ad essere in contrasto con quanto stabilito dal legislatore. Ma una simile condizione patologica non può inficiare la lex

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

contractus nel momento in cui l'illiceità non riguarda il regolamento contrattuale in sé considerato (di cui nessuna disposizione determina una violazione di norma imperativa), **bensi la condotta**, descritta appunto dalla legge in termini di reato, tenuta da una delle parti nel perfezionamento del negozio giuridico.

Le penetranti critiche formulate in confronto delle varie tesi precedentemente esposte inducono a respingere la configurazione in termini di nullità del contratto sotto nome altrui.

Chiarito infatti che il negozio in questione si presenta come strutturalmente perfetto e come privo di elementi di illiceità con riferimento al suo contenuto, appare evidente, soprattutto se si considera che il principio della spendita del nome non rappresenta un presupposto di validità dell'attività giuridica, ma solo il principale criterio di imputazione degli effetti di tale attività, come il suddetto negozio debba essere considerato idoneo a produrre effetti, fatta salva la sua più volte ribadita impugnabilità da parte del soggetto che ha trattato con il falsificatore.

6. Annullabilità.

Posto che l'art. 1429, n. 3, c.c. qualifica come essenziale l'errore che cade sull'identità e sulle qualità dell'altro contraente se determinante del consenso, tale ipotesi di errore sussiste nel momento in cui una tra le parti stipula il contratto sulla base della decisiva convinzione che il soggetto con il quale ha avuto modo di trattare abbia un'identità diversa da quella che realmente lo caratterizza.

A maggior ragione, egli versa in tale errore quando la suddetta falsa rappresentazione deriva dalla condotta dell'altro contraente che si attribuisce un nome diverso da quello di cui è effettivamente portatore. Tale condotta integra peraltro un'ipotesi di dolo qualora l'utilizzo del nome altrui da parte del dichiarante sia scientemente diretto ad ingannare il destinatario della dichiarazione al fine di ottenere il suo consenso al perfezionamento del negozio.

In ogni caso, risultando la condotta del falsificatore potenzialmente idonea a dare luogo ad un vizio della volontà della controparte, il negozio sotto nome altrui non può essere considerato nullo, ma annullabile su istanza della stessa controparte, alla quale compete quindi la valutazione in ordine alla conservazione o al travolgimento del regolamento contrattuale.

7. Destinazione degli effetti.

7.1. L'usurpato

Una volta accertato che il contratto sotto nome altrui non è nullo ma risulta idoneo a produrre effetti, è possibile procedere all'esame dell'altro quesito inizialmente prospettato. Si **tratta infatti di comprendere se gli effetti derivanti dal contratto in esame debbano essere riferiti al dichiarante o al titolare del nome, e di individuare eventualmente gli strumenti attraverso cui il dominus nominis può accettare di farsi carico delle conseguenze di un negozio di cui non ha autorizzato la stipulazione**.

Determinata dottrina ha tentato di individuare la soluzione al problema appena proposto nei principi che governano gli istituti della rappresentanza diretta, riconducendo quindi le ipotesi di stipulazione sotto nome altrui all'area dell'agire in nome altrui.

Alla presente tesi sono stati mossi numerosi rilievi critici, principalmente basati sull'incompatibilità esistente tra i presupposti della rappresentanza diretta e quelli dell'agire sotto nome altrui. L'essenza stessa dell'agire rappresentativo consiste infatti nella chiara distinzione tra le posizioni del rappresentante e del rappresentato, al quale spetta la titolarità del rapporto contrattuale e dei relativi effetti. Tale diversificazione si realizza appunto attraverso la contemplatio domini, mediante cui il rappresentante rende palese il fatto che egli non intende vincolarsi al contratto, ma procede alla stipulazione nell'esercizio del potere di cui è investito.

Come già anticipato nei paragrafi introduttivi di questa nostra analisi, siffatta diversificazione non può essere rilevata con riferimento alla stipulazione sotto nome altrui, in ragione del fatto che il falsificatore non spende il nome del dominus per vincolare quest'ultimo al regolamento negoziale da lui elaborato, ma pone invece sé medesimo quale parte sostanziale del rapporto nascente dalla falsa manifestazione di volontà.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Questa obiezione sembra, in linea di massima, difficilmente superabile, considerata l'insussistenza nella fattispecie negoziale che si esamina del principale elemento caratteristico dell'agire rappresentativo. Né rileva ai fini del superamento degli argomenti individuati per la confutazione della teoria in commento l'eventuale intento soggettivo del dichiarante di riferire al titolare del nome gli effetti del negozio da lui posto in essere, costituendo un principio logico indefettibile quello in forza del quale gli scopi interni del soggetto agente non possono sopperire alla mancanza dei presupposti oggettivi necessari per il funzionamento degli istituti.

7.2. Entrambi secondo buona fede

Rispetto all'opinione appena esposta, presenta ulteriori spunti di riflessione la tesi che propone di individuare il destinatario degli effetti del negozio sotto nome altrui attraverso l'applicazione del criterio dell'interpretazione del contratto secondo buona fede.

L'applicazione del principio in questione al contratto sotto nome altrui rende questo contratto riferibile al dichiarante o al titolare del nome a seconda del significato che il medesimo doveva assumere per le parti in base alle circostanze obiettive che ne avevano caratterizzato la stipulazione.

7.3. L'usurpatore

9. - Alla teoria appena esposta, che comunque fornisce una valutazione ragionevolmente equilibrata del problema inizialmente prospettato, se ne contrappone un'altra, la quale, ferma restando la validità del negozio sotto nome altrui, tende **a considerare questo negozio in linea di massima vincolante per il soggetto autore della falsa dichiarazione (54).**

Questa soluzione ci sembra alla lunga preferibile per tre ordini di ragioni: si è più volte rilevato come il dichiarante mendace non spende il nome altrui per consentire l'identificazione di altro soggetto come parte sostanziale del rapporto da lui posto in essere, ma si avvale di tale nome ponendosi egli stesso come titolare di tale rapporto. **Avendo egli quindi contrattato "per sé", la mancanza dei presupposti dell'agire rappresentativo ed il principio dell'autoresponsabilità** impongono che il falsificatore sopporti le conseguenze della sua condotta, rimanendo vincolato alla dichiarazione resa attraverso l'utilizzo di un nome appartenente ad altra determinata persona.

Per contro, tale soluzione offre un'ampia tutela alla posizione del destinatario di siffatta dichiarazione, **il quale può scegliere se agire per ottenere l'annullamento del contratto** de quo o se insistere per ottenere la sua esecuzione. Infatti, se la rappresentazione del titolare del nome quale controparte contrattuale è stata per lui determinante ai fini della prestazione del consenso, il soggetto in questione, non avendo interesse a tenere in vita il rapporto con l'autore della falsa dichiarazione, può chiedere l'annullamento del suddetto negozio facendo valere l'errore in cui è caduto o il dolo perpetrato ai suoi danni. L'usurpatore può in tal caso essere anche ritenuto responsabile, ai sensi dell'art. 1338 c.c., dei danni cagionati al terzo contraente a seguito della stipulazione di un contratto annullabile.

Nel momento invece in cui egli ritiene preferibile conservare il contratto stipulato, il falsificatore è tenuto a dare esecuzione alla prestazione programmata per sottrarsi alle conseguenze del proprio inadempimento. In questo senso, fatte salve le ipotesi in cui l'autore della falsa dichiarazione è nella condizione di svolgere in prima persona l'attività che costituisce oggetto dell'impegno contrattuale, risulta chiaro che egli, per non risultare inadempiente, deve **ottenere la cooperazione del portatore del nome speso affinché questi ponga in essere le attività necessarie per mettere il medesimo falsificatore nella condizione di onorare il suo impegno.**

Argomento 6

TRACCIA

Rappresentanza apparente.

A. Schema per punti

1. Rappresentanza apparente: nozione. 2. Apparenza pura. Fattispecie previste. 3. Apparenza colposa. La rappresentanza apparente. 4. Limiti all'operatività della rappresentanza apparente. 5. Le forme di tutela.

Nota. *Si rinvia alla lezione per lo sviluppo della traccia.*

B. Giurisprudenza

1. Rappresentanza e affidamento incolpevole: **Cass. civ., sez. III, 13 luglio 2018, n. 18519** (in senso conforme, anche **Cass. civ., sez. I, 26 settembre 2023, n. 2734**).

Massima:

In tema di rappresentanza, possono essere invocati i principi dell'apparenza del diritto e dell'affidamento incolpevole allorché non solo vi sia la buona fede del terzo che ha stipulato con il falso rappresentante, ma anche un comportamento colposo del rappresentato, tale da ingenerare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente.

2. Limiti all'operatività della rappresentanza apparente: art. 1393 cod. civ.: **Cass. civ., sez. III, 9 novembre 2020, n. 24980**.

Massima:

Il principio dell'apparenza del diritto, riconducibile a quello più generale della tutela dell'affidamento incolpevole, può essere invocato con riguardo alla rappresentanza, **allorché, indipendentemente dalla richiesta di giustificazione dei poteri del rappresentante ex articolo 1393 del codice civile**, non solo vi sia la buona fede del terzo che abbia concluso atti con il falso rappresentante, ma vi sia anche un comportamento colposo del rappresentato, tale da ingenerare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente.

2.1. *Segue:* **Cass. civ., sez. III, 23 giugno 2017, n. 15645**.

Massima:

Il principio dell'apparenza del diritto, riconducibile a quello più generale della tutela dell'affidamento incolpevole, può essere invocato con riguardo alla rappresentanza, allorché, indipendentemente dalla richiesta di giustificazione dei poteri del rappresentante ex art. 1393 c.c., non solo vi sia la buona fede del terzo che abbia concluso atti con il falso rappresentante, ma vi sia anche un comportamento colposo del rappresentato, tale da ingenerare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente.

2.2. *Segue:* **Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2015, n. 9328**.

Massima:

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

In tema di rappresentanza apparente, il terzo contraente, ex art. 1393 c.c., ha soltanto la facoltà, e non anche l'obbligo, di controllare se colui che si qualifichi rappresentante sia in realtà tale, sicché non basta il semplice comportamento omissivo del medesimo terzo per costituirlo in colpa nel caso di abuso della procura (o di mancanza della stessa), occorrendo, per converso, ai fini dell'affermazione che egli abbia agito senza la dovuta diligenza, il concorso di altri elementi”.

Si riporta di seguito la parte motivazionale della sentenza:

Omissis.

I tre motivi, che per la stretta connessione devono essere congiuntamente esaminati, sono fondati. Secondo la giurisprudenza di questa Corte, in tema di rappresentanza, possono essere invocati i principi dell'apparenza del diritto e dell'affidamento incolpevole allorché non solo vi sia la buona fede del terzo che ha stipulato con il falso rappresentante, ma ricorra anche un comportamento colposo del rappresentato, tale da ingenerare nello stesso terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente (Cass., 9 marzo 2012, n. 3787).

Va in tal senso precisato che il terzo contraente ha soltanto la facoltà, e non anche l'obbligo, di controllare, a mente dell'art. 1393 c.c., se colui che si qualifichi rappresentante sia in realtà tale, sicché non basta il semplice comportamento omissivo del medesimo terzo per costituirlo in colpa nel caso di abuso della procura (o di mancanza della stessa), occorrendo, per converso, ai fini dell'affermazione che egli abbia agito senza la dovuta diligenza, il concorso di altri elementi (Cass., 13 agosto 2004, n. 15743).

La sentenza impugnata ha ritenuto che non vi è prova che dal contratto stipulato da P.R. con la Coop Service siano sorte obbligazioni in capo alla Epil Beauty Center ed ha escluso la sussistenza dei presupposti per la configurabilità dell'affidamento incolpevole in base alla considerazione che il fax, portante il timbro e la sottoscrizione dell'appellante Epil Beauty Center, è stato da questa disconosciuto sul punto relativo alla riferibilità ad essa della sottoscrizione.

Tale assunto è errato.

Il suddetto disconoscimento è infatti irrilevante in quanto non esclude la buona fede del terzo. Rilevante è invece la circostanza che il P. abbia richiesto il servizio per la Epil Beauty Center e che la conferma di tale servizio sia stata trasmessa alla Coop Service con timbro e firma di Epil Beauty Center. Nè quest'ultima ha prodotto alcun contratto od accordo ovvero la prova di eventuali pagamenti effettuati a favore dello stesso P..

La giurisprudenza di questa Corte individua i presupposti sui quali si fonda la fattispecie dell'apparenza colposa nei seguenti elementi:

a) la ricorrenza di dati obiettivi che giustificano l'erroneo convincimento di chi invoca l'accertamento della situazione apparente; b) l'erronea opinione del terzo non determinata da un suo atteggiamento contrario alla normale diligenza; c) un comportamento colposo del rappresentato tale da ingenerare la convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito.

Omissis.

2.3. Rappresentanza apparente e apparenza del diritto: Cass. civ., sez. II, 6 dicembre 2013, n. 24709.

Omissis.

Nè può ritenersi che, nella fattispecie, la Corte territoriale sia incorsa nel divieto della c.d. "praesumptio de praesumpto", dal momento che il globale ragionamento presuntivo operato dal giudice di appello - ispirato ai criteri della certezza e della concretezza (cfr. Cass. n. 1044 del 1995 e Cass. n. 14115 del 2006) - ha trovato fondamento in plurime e convergenti circostanze di fatto oggettivamente rilevate e, quindi, note ed accertate (elencate analiticamente nella sentenza

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

impugnata, alle pagg. 16-21, dal n. 1 al n. 16), dalle quali è stata univocamente tratta, in virtù di un ragionamento logico e congruo, la conclusione in via presuntiva relativa alla decisiva circostanza che l'acquirente dell'immobile dedotto in controversia era venuta a conoscenza, antecedentemente alla stipula definitiva della compravendita del bene stesso, dell'intervenuta revoca della procura (e, quindi, della conseguente esclusione dei relativi poteri rappresentativi) in capo all' A.V..

Del resto, è risaputo che il principio dell'apparenza del diritto, riconducibile a quello, più generale, della tutela dell'affidamento incolpevole, può essere invocato con riguardo alla rappresentanza allorché, indipendentemente dalla richiesta di giustificazione dei poteri del rappresentante a norma dell'art. 1383 c.c., non solo sussista la buona fede del terzo che ha concluso atti con il falso rappresentante, ma ci si trovi in presenza di un comportamento colposo - non meramente omissivo - del rappresentato, tale da ingenerare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente. L'accertamento sulla idoneità o meno degli elementi obiettivi a giustificare la ragionevole convinzione del terzo circa la corrispondenza della situazione apparente a quella reale - e, cioè, degli elementi richiesti perché si possa attribuire rilevanza giuridica alla situazione apparente - è riservato istituzionalmente al giudice di merito ed è censurabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione. E, nella fattispecie, la Corte territoriale, con motivazione congrua e logica fondata su plurimi e convergenti elementi, ha escluso che si sia venuta a configurare una concreta situazione di fatto tale da poter comportare la legittima applicabilità del principio dell'apparenza del diritto.

Omissis.

3. Il pagamento fatto al rappresentante apparente: Cass. civ., sez. II, 10 maggio 2023, n. 12600.

Massima:

Il pagamento fatto al rappresentante apparente, al pari di quello fatto al creditore apparente, libera il debitore di buona fede, ai sensi dell'art. 1189 c.c., ma a condizione che il debitore, che invoca il principio dell'apparenza giuridica, fornisca la prova non solo di avere confidato senza sua colpa nella situazione apparente, ma anche che il suo erroneo convincimento è stato determinato da un comportamento colposo del creditore, che abbia fatto sorgere nel "solvens" in buona fede una ragionevole presunzione sulla rispondenza alla realtà dei poteri rappresentativi dell'"accipiens".

4. Erede apparente: Cass. civ., sez. II, 4 febbraio 2010, n. 2653.

Massima:

In tema di petizione ereditaria, ai fini della salvezza dei diritti acquistati dal terzo per effetto di convenzione a titolo oneroso contratta con l'eredità apparente, è necessario che lo stesso terzo, ai sensi dell'art. 534, comma secondo, cod. civ., assolva all'onere di provare la sua buona fede all'atto dell'acquisto, consistente nella dimostrazione dell'idoneità del comportamento dell'alienante ad ingenerare la ragionevole convinzione di trattare con il vero erede, nonché dell'esistenza di circostanze indicative dell'ignoranza incolpevole di esso acquirente circa la realtà della situazione ereditaria al momento dell'acquisto.

5. La società apparente: Cass. civ., sez. II, 20 aprile 2006 n. 9250.

Massima:

La società di fatto, sebbene inesistente nella realtà, può apparire esistente di fronte ai terzi quando due o più persone operino nel mondo esterno in modo da determinare l'insorgere dell'opinione ragionevole che essi agiscano come soci e del conseguente legittimo affidamento circa l'esistenza della società stessa: in tale ipotesi, a tutela della buona fede dei terzi, è sufficiente che il soggetto che abbia trattato col socio apparente provi un comportamento che, secondo l'apprezzamento insindacabile del giudice di merito, sia idoneo a designare la società come titolare del rapporto. In tal

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

caso incombe sulla società apparente la prova che controparte fosse consapevole dell'inesistenza del vincolo sociale e quindi non meritevole di tutela.

5.1. Segue: Cass. civ., sez. I, 8 luglio 2013, n. 16829.

Massima:

Per poter considerare esistente una società di fatto, agli effetti della responsabilità delle persone e/o dell'ente, anche in sede fallimentare, non occorre necessariamente la prova del patto sociale, ma è sufficiente la dimostrazione di un comportamento, da parte dei soci, tale da ingenerare nei terzi il convincimento giustificato ed incolpevole che quelli agissero come soci, atteso che, nonostante l'inesistenza dell'ente, per il principio dell'apparenza del diritto, il quale tutela la buona fede dei terzi, coloro che si comportino esteriormente come soci vengono ad assumere in solido obbligazioni come se la società esistesse. In caso di società di fatto che si assuma intercorrente fra consanguinei, la prova della esteriorizzazione del vincolo deve essere particolarmente rigorosa, occorrendo che essa si basi su elementi e circostanze concludenti, tali da escludere che l'intervento del familiare possa essere motivato dalla "affectio familiaris", sicché, di regola, non è di per sé sufficiente la dimostrazione di finanziamenti e/o pagamenti ai creditori dell'impresa da parte del congiunto dell'imprenditore, costituendo questi atti neutri, spiegabili anche in chiave di solidarietà familiare (nella specie, la Cassazione ha confermato la decisione dei giudici del merito, che avevano ritenuto sussistente la società di fatto tra due coniugi, in ragione della cointestazione di tre conti correnti affidati, utilizzati per l'esercizio dell'impresa, della prestazione sistematica di fideiussioni a garanzia delle esposizioni, della comproprietà della maggior parte degli immobili utilizzati nell'esercizio dell'impresa, della costituzione di ipoteca volontaria a favore di banche creditrici e della collaborazione prestata dalla moglie alla gestione dell'impresa).

5.2. Segue: Cass. civ., sez. VI, 5 maggio 2016, n. 8981.

Massima:

La mancanza della prova scritta del contratto di costituzione di una società di fatto o irregolare (non richiesta dalla legge ai fini della sua validità) non impedisce al giudice del merito l'accertamento "aliunde", mediante ogni mezzo di prova previsto dall'ordinamento, ivi comprese le presunzioni semplici, dell'esistenza di una struttura societaria, all'esito di una rigorosa valutazione (quanto ai rapporti tra soci) del complesso delle circostanze idonee a rivelare l'esercizio in comune di una attività imprenditoriale, quali il fondo comune costituito dai conferimenti finalizzati all'esercizio congiunto di un'attività economica, l'alea comune dei guadagni e delle perdite e l'"affectio societatis", cioè il vincolo di collaborazione in vista di detta attività nei confronti dei terzi; peraltro, è sufficiente a far sorgere la responsabilità solidale dei soci, ai sensi dell'art. 2297 c.c., l'esteriorizzazione del vincolo sociale, ossia l'idoneità della condotta complessiva di taluno dei soci ad ingenerare all'esterno il ragionevole affidamento circa l'esistenza della società. Tali accertamenti, risolvendosi nell'apprezzamento di elementi di fatto, non sono censurabili in sede di legittimità, se sorrette da motivazioni adeguate ed immuni da vizi logici o giuridici.

C. Dottrina

1. F.M.G.E. capitolo *Apparenza del diritto: condizioni di operatività ed effetti tra le parti in I Contratti*, 2011, n. 12, pag. 1150.

Il presente itinerario giurisprudenziale mette in evidenza tanto l'estensione dell'istituto dell'apparenza del diritto ad ipotesi ex lege non previste - effettuata attraverso la valorizzazione del requisito del comportamento colposo imputabile al soggetto avverso il quale si intenda fare valere la non rispondenza alla realtà dell'apparenza, con particolare riferimento alla fattispecie del contratto

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

concluso dal rappresentante apparente - quanto le ipotesi di esclusione di operatività del fenomeno, con particolare riferimento al caso del contratto concluso sotto nome altrui.

Definizione e presupposti applicativi

Con il termine "apparenza del diritto" si indicano quelle situazioni di fatto che, pur non presentando le caratteristiche delle corrispondenti situazioni di diritto, producono gli effetti di queste ultime in presenza di due requisiti, uno **oggettivo**, ossia la divergenza tra apparenza e realtà tale da trarre in inganno i terzi, l'**altro soggettivo**, ossia il ragionevole affidamento del terzo in buona fede.

In tal senso l'apparenza è legata all'errore ma non si confonde con esso: questo è fenomeno individuale e soggettivo; quella è fenomeno collettivo ed oggettivo. L'apparenza è fonte di un errore collettivo possibile, trattandosi di una situazione che, secondo il comune sentire sociale delle persone di media diligenza in un dato momento e luogo, ha un dato significato che, viceversa, non risponde al vero. Si ritiene che il carattere oggettivo dell'apparenza sia desumibile dalle norme positive e, in particolare, dalle circostanze univoche valorizzate dall'art. 1189 c.c., relativo al pagamento effettuato al creditore apparente, e che debba essere apprezzato caso per caso dal giudice.

Tuttavia, una situazione giuridica apparente, quando è presa in considerazione dalla legge, rileva solo in concorso con un concreto errore individuale, in quanto abbia effettivamente indotto in errore un terzo, operando pertanto esclusivamente come mezzo di protezione della buona fede soggettiva. L'apparenza, peraltro, non si riduce alla buona fede ma si accompagna ad essa. Occorre che la situazione sia tale da indurre in errore, e che il soggetto ci sia caduto, e che essa presupponesse nel soggetto un errore scusabile, dato che la situazione è oggettivamente tale da determinarlo.

Il requisito della buona fede è peraltro ritenuto dalla giurisprudenza incompatibile con la possibilità di configurare, agli effetti dell'art. 1227 c.c., un concorso del fatto colposo del terzo, ossia del soggetto che ripone l'affidamento incolpevole nella corrispondenza dell'apparenza alla realtà. Infatti, quest'ultimo o è in buona fede, e quindi può operare il principio dell'apparenza, oppure versa in colpa per non avere verificato con la dovuta diligenza la divergenza tra apparenza e realtà, e, pertanto, non può invocare gli effetti dell'apparenza (Cass. 15 marzo 2006, n. 5677; Cass. 26 maggio 2004, n. 10133).

L'interesse per la tematica in oggetto è stato al centro degli studi condotti dalla letteratura francese del diciannovesimo secolo, anche se i maggiori approfondimenti sul tema si devono alla dogmatica tedesca, secondo la quale il principio dell'apparenza veniva considerato quale strumento di giuridicizzazione di particolari situazioni di fatto, originariamente sprovvistene, al fine di tutelare, in determinate circostanze, l'affidamento dei terzi.

Ciò conformemente al passaggio dalla teoria volontaristica, secondo la quale la volontà, quale forza creatrice degli effetti giuridici, richiede protezione a prescindere dall'affidamento, a quella della dichiarazione, secondo la quale chi riceve l'altrui dichiarazione contrattuale la percepisce nel suo significato socialmente tipico e su questo significato fa affidamento, ossia organizza le proprie posizioni, iniziative, aspettative in funzione di uno stabile contratto tra sé e il dichiarante, fornito di quel significato.

Tale effetto trova giustificazione nel **principio di auto-responsabilità** del dichiarante, secondo il quale quest'ultimo si assume il rischio degli affidamenti che la propria dichiarazione, immessa nel traffico giuridico, crea; principio questo la cui operatività è tuttavia subordinata al fatto che la dichiarazione sia riferibile al soggetto che ne appare l'autore e che a quest'ultimo sia riferibile la volontà di impiegarla come dichiarazione contrattuale.

Nel panorama giuridico italiano l'art. 933 del Codice civile del 1865, il quale faceva salvi i **diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni, a titolo oneroso, concluse in buona fede con l'erede apparente**, rappresentò il fondamento normativo della dottrina dell'apparenza e fu considerato dalla giurisprudenza espressione di un principio generale, per tutelare analoghe situazioni di fatto.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Peraltro, la dottrina del tempo, ben lontana da una vera e propria generalizzazione del principio, ne chiarì i limiti, affermando che la buona fede dell'erede apparente non rientrava nella fattispecie, mentre era il terzo ad essere gravato dall'onere di dimostrare la propria buona fede.

L'apparenza c.d. pura

L'art. 933 c.c. è stato successivamente riprodotto dall'art. **534, cpv, del Codice civile del 1942**, il quale si ritiene rappresenti una delle più rilevanti figure di acquisto a *non domino* e l'unica a fondarsi su una situazione di apparenza del diritto in senso tecnico.

In particolare, la fattispecie in esame rientra nella categoria dell'apparenza c.d. pura, a cui appartengono anche altre tassative ipotesi legislativamente previste (artt. 113, 1415-1416, 1159, 1189, 1396 c.c.), la quale, avente natura eccezionale, ricorre quando l'errore scusabile e lo stato di fatto non corrispondente allo stato di diritto sono da soli sufficienti a dare la prevalenza alla tutela del terzo che si inganna, **essendo irrilevante il dolo o la colpa del dominus**; elementi, questi ultimi, che, invece, concorrono ad integrare la diversa categoria dell'apparenza c.d. colposa, la quale pertanto esige che l'errore in cui sia incorso il terzo sia imputabile alla colpa del titolare del diritto.

Ad ogni modo, e con specifico riguardo al fenomeno successorio, si ritiene che la buona fede del terzo debba essere intesa non già come mera ignoranza di ledere l'altrui diritto, secondo il disposto dell'art. 1147 c.c., bensì quale erronea convinzione di acquistare dal vero erede e dunque di comportarsi *secundum ius*. Detto elemento soggettivo non è escluso solo in caso di colpa grave ma anche qualora il terzo non abbia agito secondo i criteri della diligenza ordinaria. Quanto poi agli acquisti a titolo gratuito, non contemplati dall'art. 534, cpv, c.c., lo sono, invece, rispetto alle particolari ipotesi previste dagli artt. 2652 n. 7 c.c. e 2690 n. 4 c.c., laddove, con riguardo rispettivamente ai beni immobili e a quelli mobili registrati, l'efficacia dell'acquisto da parte del terzo in buona fede è subordinata all'avvenuta trascrizione, sicché si è ritenuto che l'onere pubblicitario così inteso assurgerebbe ad ulteriore elemento costitutivo della fattispecie complessa di cui all'art. 534, cpv., c.c.

Altra ipotesi di apparenza c.d. pura è quella contemplata dal succitato art. 1189 c.c., secondo il quale il pagamento effettuato dal debitore, che provi di essere stato in buona fede, a colui che, secondo circostanze univoche, appare legittimato a riceverlo, ha effetto liberatorio: la tutela dell'affidamento è assicurata solo in presenza dei requisiti *ex lege* previsti.

L'apparenza c.d. colposa

Peraltro, la giurisprudenza, superando un'iniziale interpretazione rigorosa dell'art. 1189 c.c., diretta a limitarne l'operatività al solo pagamento effettuato al creditore apparente, **ha interpretato estensivamente tale disposizione, ammettendo l'efficacia liberatoria dell'adempimento nei confronti del rappresentante apparente del creditore**, di tal che il debitore che invochi il principio dell'apparenza giuridica deve fornire la prova non solo di avere confidato senza sua colpa nella situazione apparente ma, altresì, che il proprio erroneo convincimento sia stato determinato da un comportamento colposo del creditore che abbia fatto sorgere una ragionevole presunzione sulla rispondenza alla realtà dei poteri rappresentativi dell'*accipiens* (Cass. 3 settembre 2005, n. 17742; Cass. 25 febbraio 2002, n. 2732).

In generale, il requisito del comportamento colposo, caratterizzante la categoria dell'apparenza c.d. colposa, costituisce un *quid pluris* utilizzato dalla giurisprudenza per estendere l'istituto dell'apparenza ad ipotesi *ex lege* non previste.

In particolare, con **specifico riferimento alla società**, la giurisprudenza consolidata ha affermato che si ha società apparente quando più soggetti si comportano all'esterno in modo da ingenerare nei terzi in buona fede il convincimento della ricorrenza di un rapporto societario, di fatto inesistente (Cass. 12 settembre 1997, n. 9030). *L'esteriorizzazione del vincolo sociale consente ai terzi di invocare la responsabilità dei presunti soci* per le obbligazioni sociali o, addirittura, il loro fallimento, ove dimostrino l'esistenza di comportamenti indizianti (Cass. 6 ottobre 1988, n. 5403). Unico limite alla possibilità di invocare il principio dell'apparenza della società è stato ravvisato nel caso in cui il terzo

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

sia consapevole dell'inesistenza del vincolo sociale (*Cass. 20 aprile 2006, n. 9250; Cass. 12 settembre 1997, n. 9030*).

L'esclusione dell'operatività del principio dell'apparenza

Di contro, la giurisprudenza ha escluso l'operatività dell'apparenza giuridica con riferimento alla questione se rispetto all'azione giudiziaria esercitata dall'amministratore per il recupero della quota di spese condominiali il condomino apparente fosse legittimato passivo.

Sul tema, all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il venditore dell'unità immobiliare deve pagare le spese condominiali quando, pur dopo il trasferimento della proprietà, abbia continuato ad esercitare i diritti apparenti del condomino (*Cass. 20 marzo 1999, n. 2617; Cass. 14 febbraio 1981, n. 907; Cass. 16 novembre 1984, n. 5818; Cass. 1 settembre 1990, n. 9079*), si è contrapposta l'opzione ermeneutica secondo la quale obbligato al pagamento deve ritenersi comunque il vero proprietario della porzione immobiliare (*Cass. 12 gennaio 2011, n. 574; Cass. 3 aprile 2001, n. 4866; Cass. 19 aprile 2000, n. 5122; Cass. 8 agosto 1998, n. 6653; Cass. 27 giugno 1994, n. 6187*).

Sul contrasto sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione che hanno affermato il principio di diritto secondo il quale, in caso di azione giudiziale dell'amministratore del condominio per il recupero della quota di spese di competenza di un'unità immobiliare di proprietà esclusiva, passivamente legittimato è il vero proprietario di detta unità, non anche chi possa apparire tale, come il venditore che, dopo il trasferimento della proprietà, non comunicato all'amministratore, abbia continuato a comportarsi come proprietario. Ciò sulla base dell'argomentazione per cui nei rapporti tra condominio, che è ente di gestione, e singoli condomini, proprietari esclusivi di determinate porzioni di piano o di unità immobiliari dello stabile condominiale, difettano le condizioni di operatività del principio dell'apparenza del diritto. In particolare, non sussistono le esigenze di tutelare l'affidamento del terzo in buona fede: il condominio non è terzo, ma parte del rapporto, sicché rispetto ad esso non è possibile convertire l'inesistente titolarità del diritto di proprietà nell'effettiva titolarità e l'inesistente legittimazione in un'effettiva legittimazione nascente dalla situazione di apparenza (*Cass., Sez. Un., 8 aprile 2002, n. 5035*).

Parimenti, la giurisprudenza ha escluso l'applicazione del principio dell'apparenza con riferimento ad ipotesi in cui il terzo tenga un comportamento vietato espressamente da una norma giuridica.

A tale riguardo viene in rilievo l'art. 43 l. ass. che vieta il pagamento di un assegno contenente la clausola "non trasferibile" a persona diversa dal prenditore: al minoritario e più risalente orientamento giurisprudenziale che affermava l'applicazione del principio dell'apparenza, sicché il pagamento eseguito senza dolo o colpa grave a favore di colui che, in esito a diligente identificazione, sia apparso legittimo prenditore del titolo, deve considerarsi liberatorio (*Cass. 11 ottobre 1997, n. 9888, in Resp. civ. e prev.*, 1998, 441, con nota di Frau, *La diligenza del banchiere nell'identificazione del presentatore e nel pagamento di assegni non trasferibili*; *Cass. 14 marzo 1997, n. 2303; Cass. 18 agosto 1997, n. 7658*), si è contrapposto il più recente e prevalente orientamento che, invece, ha escluso l'applicazione del principio dell'apparenza ad una ipotesi siffatta (*Cass. 25 agosto 2006, n. 18543; Cass. 13 maggio 2005, n. 10118*).

Queste le argomentazioni addotte a sostegno della prima opzione ermeneutica: 1) l'art. 43 cit. va coordinato con l'art. 1192 comma 2 c.c.; 2) la norma non deroga ai principi dell'apparenza giuridica, attesa la possibilità del debitore di invocare la propria buona fede a giustificazione del pagamento eseguito nei confronti di chi appariva legittimo prenditore del titolo; 3) l'osservanza dell'obbligo di diligenza della banca non può essere accertata sulla base di parametri rigidi e predeterminati ma deve essere verificata in relazione alle cautele suggerite dalle circostanze del caso concreto (con riferimento al luogo del pagamento, alla persona del prestatore, all'importo del titolo, alla natura del documento esibito, etc...).

Questo, invece, il percorso motivazionale seguito dalla seconda opzione ermeneutica: 1) l'art. 43 l. ass. è norma speciale rispetto all'art. 1192 c.c. in quanto regola in modo autonomo l'adempimento dell'assegno non trasferibile con deviazione sia della disciplina generale del pagamento dei titoli di

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

credito (*art. 1992 c.c.*) sia del disposto del diritto comune delle obbligazioni di cui *all'art. 1189 c.c.* relativa al pagamento al creditore apparente; 2) la banca che abbia effettuato il pagamento in favore di chi non era legittimato non è liberata dall'originaria obbligazione finché non paghi al prenditore esattamente individuato (o al banchiere giratario per l'incasso) e ciò a prescindere dall'elemento della colpa nell'errore sulla identificazione dello stesso prenditore, derivando la responsabilità della banca, che paghi al giratorio senza osservare la clausola di non trasferibilità, dalla violazione dell'obbligazione *ex lege*, posta a suo carico dall'*art. 43 comma 2 cit.*, di pagare l'assegno esclusivamente all'intestatario, titolare del diritto di agire per il risarcimento del danno eventualmente subito; 3) la banca che esegue il pagamento non può invocare una situazione di apparente legittimazione del soggetto, in quanto è la violazione della norma a rendere automaticamente colpevole la propria condotta.

Conformemente, la giurisprudenza ha escluso l'applicabilità del principio dell'apparenza anche alla fattispecie dell'esercente che accetti il pagamento con carta di credito, il quale è tenuto ad usare la diligenza del buon padre di famiglia *ex art. 1176 c.c.* e, in particolare, a verificare che: la carta di credito non sia scaduta e sia presentata dal titolare; il pagamento non superi il limite di spesa assegnato; la carta presenti una sottoscrizione conforme a quella apposta sul documento di spesa del titolare. In tale evenienza sarebbero applicabili gli *articoli 1189 c.c.* e *1192 c.c.* (*Cass. 14 luglio 2006, n. 16102*).

La rappresentanza apparente

L'ipotesi più significativa di apparenza c.d. colposa è la rappresentanza apparente che ricorre quando la legittimazione rappresentativa, pur se inesistente in fatto, appare sussistere al terzo in buona fede a causa di un concorrente comportamento colposo del rappresentato.

Al riguardo, la giurisprudenza ha specificato che, affinché possa aversi rappresentanza apparente, devono sussistere congiuntamente tre condizioni: **1) la ricorrenza di circostanze obiettive ed univoche**, idonee ad ingenerare nel terzo il legittimo affidamento circa la sussistenza del potere rappresentativo (elemento oggettivo); **2) l'affidamento incolpevole del terzo** circa la corrispondenza tra apparenza e realtà (elemento soggettivo relativo al terzo contraente); **3) comportamento colposo dell'apparente** rappresentato idoneo a giustificare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente (elemento soggettivo relativo al rappresentato) (*Cass. 13 agosto 2004, n. 15743; Cass. 28 agosto 2007, n. 18191*).

Quanto al requisito di cui al n. 2, la giurisprudenza ha ritenuto negligente e colpevole il comportamento del terzo contraente che, non attenendosi ai dettami della legge e della normale diligenza, trascuri di accertarsi della realtà facilmente controllabile e si affidi, invece, alla mera apparenza (*Cass. 10 novembre 1994, n. 9381; Cass. 11 ottobre 1991, n. 10709*). **La questione posta all'attenzione della giurisprudenza è consistita nell'accertare se nei contratti per i quali la legge richiede la forma scritta *ad substantiam* integri comportamento colposo del terzo il non avere chiesto, ai sensi dell'*art. 1393 c.c.*, la giustificazione dei poteri rappresentativi.**

Sul tema, all'orientamento minoritario secondo il quale la tutela dell'apparenza del diritto può essere invocata soltanto quando la forma scritta sia prevista *ad probationem*, atteso che solo in tale ipotesi non sussiste un onere legale di documentazione della procura, integrando, al contrario, colpevole affidamento il comportamento del terzo contraente che non abbia richiesto al procuratore apparente la giustificazione dei suoi poteri nel caso in cui la procura necessiti della forma scritta *ad substantiam*, con conseguente inapplicabilità dell'istituto dell'apparenza del diritto (*Cass. 22 aprile 1999, n. 3988; Cass. 24 novembre 1981, n. 6244*), si è contrapposta la prevalente opzione ermeneutica, secondo la quale il terzo contraente ha la facoltà, non l'obbligo, di controllare se colui che si qualifica come rappresentante sia realmente tale, sicché, per affermare che il terzo ha agito senza la dovuta diligenza, occorrono altri elementi oltre al mero mancato esercizio della facoltà di cui *all'art. 1393*

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

c.c., tale mancato esercizio costituendo solo un elemento da valutare ai fini di un eventuale colpa del terzo (*Cass. 13 agosto 2004, n. 15743; Cass. 9 luglio 2001, n. 9289; Cass. 29 marzo 1995, n. 3691*). A ciò, peraltro, si aggiunga che, in generale, secondo il costante orientamento della giurisprudenza, **il principio dell'apparenza non può essere invocato quando la situazione, che si pretende apparente, sia in contrasto con situazioni giuridiche risultanti dalla pubblicità.** In particolare, con specifico riguardo alla rappresentanza delle persone giuridiche, il principio dell'apparenza del diritto non può trovare applicazione a tutela dell'affidamento del terzo contraente nei casi in cui la legge prescrive speciali mezzi di pubblicità mediante i quali sia possibile controllare con l'ordinaria diligenza la consistenza effettiva dell'altrui potere, come accade in ipotesi di organi di imprese commerciali regolarmente costituiti (*Cass. 19 gennaio 2004, n. 703; Cass. 16 agosto 1990, n. 8309*). **Quanto al requisito di cui al n. 3, si ricorda che l'ipotesi più comune di rappresentanza apparente imputabile al rappresentato è la rappresentanza c.d. tollerata** che si ha quando il rappresentato, pur essendo a conoscenza dell'abusiva attività negoziale del sedicente rappresentante, non interviene per fare cessare tale ingerenza, tenendo comportamenti omissivi di tolleranza della situazione creata dallo pseudo rappresentante o agevolando il protrarsi di situazioni ambigue idonee a trarre in errore altri soggetti.

L'accertamento della condotta colpevole del rappresentato spetta al giudice del merito. Conseguenza derivante dall'applicazione dei principi in tema di apparenza è che, in deroga a quanto stabilito in relazione alla diversa ipotesi di difetto di procura di cui *all'art. 1398 c.c.*, gli effetti del contratto stipulato dal rappresentante apparente si producono in capo al rappresentato secondo le regole della rappresentanza diretta, sicché detto contratto produce immediatamente effetti nella sfera giuridica dell'apparente rappresentato. Pertanto grava sul terzo, il quale intenda rendere efficace nei confronti del rappresentato il contratto concluso dal rappresentante apparente, l'onere di dimostrare l'esistenza dei presupposti per la rilevanza della situazione apparente.

Peraltro, la recente giurisprudenza, aderendo alla citata opzione interpretativa che ritiene inapplicabile il principio dell'apparenza del diritto ai contratti per i quali la legge richiede la forma scritta *ad substantiam* (e nel caso di specie si trattava di un contratto bancario) e distinguendo l'ipotesi di chi agisce in nome proprio e per conto altrui da quella di chi agisce in nome altrui, falsificando la firma del *dominus nominis* per incarico di quest'ultimo o, comunque, con il suo consenso, ha peraltro affermato l'inapplicabilità del principio dell'apparenza giuridica a quest'ultima fattispecie che, inoltre, non darebbe luogo neppure ad un fenomeno di rappresentanza, escludendo, conseguentemente, la produzione di effetti giuridici in capo, rispettivamente, all'autore materiale della sottoscrizione e al titolare del nome (*Cass. 12 febbraio 2010, n. 3364*, in questa *Rivista*, 2011, 164, con nota di Orlando, *Contratto sotto nome altrui e apparenza giuridica: la sottoscrizione apocrifa nella teoria del documento*; *Cass. 22 luglio 2010, n. 17243*).

A tale riguardo, si ricorda che nella categoria del contratto c.d. sotto nome altrui rientra un insieme eterogeneo di fattispecie caratterizzate tanto dall'assunzione da parte dell'autore materiale della dichiarazione contrattuale di un simbolo di identificazione personale (nome o pseudonimo) non corrispondente al proprio quanto dall'intelligibilità, per il destinatario della medesima dichiarazione, di alcuna alterità soggettiva tra il titolare dell'interesse regolato (e del nome speso) e il soggetto che ha posto in essere la dichiarazione (si tratterebbe, altrimenti, se pure attraverso un meccanismo anomalo di spendita del nome, di un'ipotesi di negozio in nome altrui).

Alla tesi secondo cui la riferibilità soggettiva del vincolo negoziale posto da un contratto sotto nome altrui debba fondarsi sull'interpretazione di quella parte del significato delle dichiarazioni contrattuali che indica il soggetto dell'effetto, indipendentemente da chi l'abbia materialmente posta in essere, si contrappone quella secondo cui l'imputazione delle dichiarazioni dipende innanzitutto dal rapporto di pertinenza psicologico-materiale con il soggetto che pone in essere la dichiarazione, atteso che colui che emette quest'ultima si presume essere anche colui che assume il vincolo che ne deriva.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

E' stato peraltro osservato come il fenomeno in esame si differenzia sia dallo schema della simulazione relativa di persona, in quanto, mentre questo prevede che entrambi i contraenti siano a conoscenza dell'interposizione fittizia, in quello la controparte non sa che la dichiarazione è emessa sotto falso nome e ritiene che l'autore della sottoscrizione sia lo stesso della dichiarazione, sia dall'ipotesi del *falsus nuncius*, essendo quest'ultimo colui che, incaricato di trasmettere la dichiarazione di volontà, la altera volontariamente (di sua iniziativa) ovvero colui che asserisce di trasmettere una dichiarazione di volontà altrui senza avere in realtà ricevuto alcun incarico, mentre colui che falsifica la firma è il vero autore materiale della sottoscrizione e non si limita a riferire né altera né inventa.

Si è altresì osservato, in senso critico, che, mentre nei rapporti tra titolare del nome e soggetto sottoscrivente opera, laddove ci sia stato un incarico volontario, un fenomeno di cooperazione soggettiva, di talché il sottoscrivente, spendendo il nome altrui, distoglie da sé l'imputazione dell'atto e indica in un altro soggetto il titolare del rapporto, il quale ha preventivamente autorizzato l'operazione, l'esistenza di detta cooperazione, avente valore meramente interno, e, dunque, della *contemplatio domini*, non è percepita dalla controparte, sicché sarebbe ingiusto pretendere che quest'ultima (in ipotesi ignara) sopporti oneri di accertamento (e richiesta di documentazione e giustificazione) di poteri rappresentativi che essa non è neppure in grado di supporre necessari, non rappresentandosi alcuna alterità tra sottoscrittore e *dominus nominis*.

Pertanto non condivisibile è stata ritenuta l'estensione giurisprudenziale degli oneri previsti dagli artt. 1392 e 1393 c.c. ad un'ipotesi, quella del contratto sotto nome altrui, qualificata estranea al fenomeno della rappresentanza (quantomeno sotto il profilo esterno), risultando contrariamente applicabile il principio dell'apparenza giuridica c.d. colposa, con conseguente produzione degli effetti del contratto concluso nella sfera giuridica del *dominus nominis* che abbia contribuito, per propria colpa o volontà, alla redazione apocrifa della propria sottoscrizione in una scrittura privata.

Nella fattispecie in esame, è da ritenersi escluso l'onere di compiere i suddetti accertamenti, non essendoci una dissociazione soggettiva immediatamente percepibile tra l'autore della sottoscrizione e il *dominus nominis*. Al riguardo, si è messo in evidenza come, laddove il legislatore ha voluto garantire per taluni contratti la certezza reciproca dell'identità delle parti, egli ha predisposto specifici sistemi di autenticazione (come, ad esempio, nell'attività di documentazione degli atti pubblici). Laddove, invece, ciò non è stato previsto, il sistema accetta implicitamente il rischio della dissociazione soggettiva nelle produzioni documentali, non potendosi pertanto ritenere affetta da colpa la parte che tale rischio sistematico assume.

2. A. D'Adda, *Pagamento al creditore apparente ed al rappresentante apparente: un orientamento giurisprudenziale sempre ambiguo in Nuova Giur. Civ.*, 2019, 6, 1356.

Superando le incertezze del passato, la giurisprudenza pare ora propendere per l'applicazione della regola del pagamento liberatorio al creditore apparente nell'ipotesi di solutio al rappresentante apparente, previo accertamento della "colpa" del vero creditore nel determinare l'errore del solvens. Questa regola operativa è però assai meno favorevole al solvens in buona fede di quanto appaia a prima vista e, aggiungendo un elemento estraneo alla fattispecie dell'art. 1189 cod. civ. per considerare liberatorio il pagamento, contempera gli interessi contrapposti del creditore e del debitore solvens in buona fede in modo non del tutto convincente.

Sommario: 1. La questione. - 2. L'art. 1189 ed il rappresentante apparente. - 3. Apparenza oggettiva e *culpa* del creditore.

1. La questione.

Anche di recente la Cassazione⁽¹⁾ è tornata ad interrogarsi sull'area operativa della regola di cui all'art. 1189 cod. civ., considerando liberatorio non solo il pagamento effettuato in favore del creditore apparente ma pure quello eseguito a chi appare legittimato a ricevere la prestazione ai sensi del capoverso dell'art. 1188.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Superando (apparentemente, come si vedrà) le opinioni restrittive del passato, la Suprema Corte considera che la regola dell'art. 1189 cod. civ. trovi applicazione pure nel caso di pagamento al rappresentante, ovvero all'indicatario, apparente quando il *solvens* sia in buona fede e ricorrano circostanze univoche che in via oggettiva inducano il debitore a ritenere di adempiere ad un soggetto effettivamente legittimato a ricevere.

Come vedremo subito appresso, si tratta di orientamento che si iscrive nel solco delle indicazioni da tempo diffuse in giurisprudenza circa l'area operativa dell'art. 1189 cod. civ., sicché non ha in sé portata radicalmente innovativa dell'indirizzo tradizionale. Il punto è che la massima favorevole ad una siffatta estensione della regola, è spesso letta superficialmente, trascurando i limiti che la stessa giurisprudenza, più frequentemente di quanto sia uso cogliere, pone ad una siffatta opera di estensione.

Limiti che, ad una riflessione appena attenta, restituiscono una regola di operatività dell'art. 1189 cod. civ. assai più prudente di quella ordinariamente divulgata; ed assai più prossima alle letture tradizionali dell'istituto del pagamento al legittimato apparente, a lungo del tutto prevalenti nella letteratura, ma da tempo superate nella riflessione dottrinale sulla questione.

Vale allora la pena tornare sulla vicenda proprio partendo dalle sue premesse, e cioè dalla lettura tradizionale della disposizione, alle vicende del suo superamento per giungere infine ad intendere la regola operativa effettivamente operante nel c.d. "diritto vivente".

2. L'art. 1189 ed il rappresentante apparente.

La lettera dell'art. 1189 cod. civ. fornisce talune indicazioni ambigue, quanto all'identificazione dell'area di operatività della regola ivi contemplata, che assicura appunto effetto liberatorio al pagamento **effettuato in buona fede a chi non è creditore, ma tale appare in base a circostanze univoche.**

La rubrica dell'articolo evoca infatti il "**pagamento al creditore apparente**", ma il primo comma della disposizione si riferisce al pagamento eseguito a chi "appare legittimato a riceverlo in base a circostanze univoche"; e poiché ai sensi dell'art. 1988 cod. civ. è liberatorio il pagamento al creditore ma pure quello al rappresentante ed all'indicatario, figure che pertanto completano la categoria dei legittimati a ricevere, allora l'indicazione dell'art. 1189 cod. civ. sembra nel senso di allargare l'area di rilevanza dell'apparenza ai legittimati diversi dal vero e proprio creditore.

Pertanto, in prospettiva storica, il codice civile del 1865, in linea con il *Code civil*, si limitava a considerare liberatorio il pagamento "**fatto in buona fede a chi si trova in possesso del credito**"⁽²⁾. Sicché la scelta più larga, ed innovativa⁽³⁾, del codice del 1942 ha certamente fornito argomenti alla tesi che ha visto nella previsione dell'art. 1189 cod. civ. l'intenzione di superare gli orientamenti diffusi nel vigore del codice abrogato, **sovente contrari a dare rilievo all'apparenza nel caso di pagamenti al falsus procurator.**

Il punto è che una tale sollecitazione non è stata sempre raccolta, specie se si ha riguardo alle voci dottrinali operanti negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice del 1942, quindi più influenzate dalle antiche convinzioni: penso alle opinioni di Barassi e di Messineo, e poi a quelle di Giuseppe Stolfi⁽⁴⁾.

Ma anche maestri della generazione successiva sono rimasti persuasi di una lettura prudente della regola sul pagamento al creditore apparente: così Luigi Mengoni⁽⁵⁾ non si limita ad enfatizzare le indicazioni "limitatrici" della rubrica, nonché l'assenza, nei lavori preparatori del codice civile, di indicazioni realmente orientate a legittimare il superamento della disciplina del codice abrogato, ma altresì lo stesso secondo comma **dell'art. 1189 cod. civ. che, nel regolare le obbligazioni restitutorie che gravano sull'accipiens a favore del vero legittimato a ricevere, fa riferimento ai diritti del solo "vero creditore".**

Siffatti argomenti non sembrano invero decisivi: per un verso la rubrica, anche qualora non se ne disconosca in via preliminare il rilievo ermeneutico, non pare potere dare smentita al chiaro riferimento, nel primo comma della disposizione, **all'apparente legittimato a ricevere**⁽⁶⁾; inoltre il

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

capoverso, che è destinato a regolare le obbligazioni restitutorie, non sembra smentire l'efficacia liberatoria del pagamento al legittimato apparente, ma semplicemente, con soluzione razionale, si occupa della logicamente successiva fase restitutoria - e quindi di riequilibrio delle poste in gioco - **regolando il caso praticamente più rilevante, e tendenzialmente fisiologico, cioè quello in cui sia il creditore ad attivarsi per "recuperare" presso l'accipiens sine titolo quanto pagato.** Né vale evidentemente invocare, contro l'estensione dell'art. 1189 cod. civ. al legittimato apparente, la natura eccezionale di una **regola che libera il solvens senza che il creditore sia soddisfatto**⁽⁷⁾: qui, infatti, non si discute dell'applicazione analogica al rappresentante di una regola prevista per il solo caso di pagamento al creditore apparente; **bensi della diretta operatività della disposizione con riguardo ad ogni legittimato a ricevere, cosicché argomentare in termini di eccezionalità non ha ragione d'essere.**

Del resto non sono mancate, già nel passato, voci autorevoli che hanno valorizzato il carattere innovativo della scelta operata con l'art. 1189 cod. civ.: è il caso di Giorgianni⁽⁸⁾ che, pur prendendo atto delle prudenze attestate dai lavori preparatori al codice civile, ritiene che la nuova formulazione della disposizione non possa che legittimare l'interpretazione larga della medesima, del resto già accolta dalla giurisprudenza (sebbene non dalla dottrina) persino sotto il vigore del codice del 1865; perché nel momento in cui la legge riconnette l'effetto liberatorio al pagamento al creditore ovvero ad altri legittimati, e nel contempo estende detto effetto al pagamento in buona fede fondato sull'apparenza, quest'ultima non può che essere produttiva di effetti (liberatori) con riguardo a tutti i legittimati a ricevere.

Ancor più netta è poi la presa di posizione di Nicolò e di Natoli. Entrambi⁽⁹⁾ fanno leva sul nitido, e ritenuto insuperabile, riferimento **dell'art. 1189 cod. civ. all'apparente legittimato a ricevere;** il secondo, in aggiunta⁽¹⁰⁾, esplicita il profilo su cui, a mio parere, si gioca l'intera questione, cioè la *ratio* sostanziale della regola liberatoria del pagamento al creditore apparente: *ratio* di *favor* per il debitore di buona fede che sia indotto da circostanze univoche ad adempiere a chi appare legittimato, e che, in sistema in cui legittimato a ricevere è non solo il creditore ma anche altri, sembra funzionare a prescindere da chi sia l'apparente legittimato a ricevere.

In definitiva, il quadro interpretativo che se ne trae è quello di una dottrina a lungo propensa ad una lettura restrittiva della regola, eccezionalmente liberatoria, del pagamento al creditore apparente; eppur da tempo orientata a soluzioni più liberali, certamente ispirate dalla disciplina introdotta dal codice civile con il primo comma dell'art. 1189 cod. civ., che rende non più «facile comprendere le ragioni sulle quali la tesi restrittiva si fonda»⁽¹¹⁾.

Resta da vedere, in questo quadro storico ricostruttivo, come si orientino le scelte della giurisprudenza; e qui si registrano delle sorprese, soffermarsi sulle quali è utile anche per intendere correttamente l'indirizzo più recente, oramai assestato ed all'origine di queste brevi riflessioni⁽¹²⁾.

La sorpresa risiede nella sostanziale asimmetria che si registra tra l'orientamento dottrinale e quello giurisprudenziale in punto di rilevanza liberatoria dell'apparenza.

Se nel vigore del codice del 1865, come visto, in letteratura il pagamento liberatorio è solo quello al creditore apparente ma specularmente la giurisprudenza si mostra più liberale, e considera sovente liberatorio anche il pagamento al rappresentante apparente⁽¹³⁾, la sorpresa viene invece dalle indicazioni giurisprudenziali successive alla nuova codificazione, che, per le ragioni viste, avrebbe certamente dovuto consolidare il proprio largo approccio, oramai avvalorato da più esplicite indicazioni **normative. Nei fatti, invece, avviene esattamente il contrario: così, inaspettatamente, la nostra giurisprudenza degli anni '50⁽¹⁴⁾ non prosegue nel proprio orientamento liberale inaugurato nel vigore del codice abrogato, ma tutto al contrario rifluisce su posizioni restrittive che aveva già superato.**

La ragione di una siffatta involuzione non è a mio parere difficile da cogliere: come visto la nuova formulazione della regola ad opera dell'art. 1189 cod. civ. suscitava una vivace reazione dottrinale

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

subito dopo l'entrata in vigore del codice; reazione che, anche per l'autorevolezza delle voci coinvolte, non restava priva di effetti negli orientamenti della giurisprudenza.

Ma ben presto le indicazioni normative dell'art. 1189 cod. civ. si impongono agli interpreti, e l'idea dell'efficacia liberatoria del pagamento a chiunque appaia legittimato a ricevere e non solo a chi appaia creditore finisce per consolidarsi pure nella giurisprudenza, e *tuttavia nel segno dell'ambiguità*⁽¹⁵⁾.

3. Apparenza oggettiva e culpa del creditore.

Secondo la massima oramai assestata nella nostra giurisprudenza «*l'art. 1189, che riconosce efficacia liberatoria al pagamento effettuato dal debitore in buona fede a chi appare legittimato a riceverlo, si applica, per identità di ratio, sia all'ipotesi di pagamento eseguito al creditore apparente, sia all'ipotesi in cui il pagamento venga effettuato a persona che appaia autorizzata a riceverlo per conto del creditore effettivo*»; **tuttavia**, in questo secondo caso il creditore effettivo deve avere «*determinato o concorso a determinare l'errore del solvens, facendo sorgere in quest'ultimo in buona fede una ragionevole presunzione sulla rispondenza alla realtà dei poteri rappresentativi dell'accipiens*»⁽¹⁶⁾.

Viene così definitivamente superato l'orientamento restrittivo della tradizione - che invece meglio resiste in Francia - in radice contrario a considerare liberatorio il pagamento al rappresentante (ovvero all'indicatario) apparente del creditore.

Ma, dietro le apparenze, la oramai ricorrente massima appena richiamata tradisce un'ambiguità di fondo, che è necessario disvelare per intendere la effettiva portata, oggi, della regola del pagamento al legittimato apparente a ricevere la prestazione.

Per un verso il meccanismo legale cui la giurisprudenza si affida - allo scopo di contemperare gli interessi del creditore e del debitore che paga in base all'apparenza - è quello dell'art. 1189 cod. civ.; sia nel caso di pagamento al creditore apparente sia in quello di pagamento al legittimato apparente il debitore è liberato: la tradizione formatasi a cavallo delle due codificazioni nazionali, per cui la liberazione per il tramite dell'apparenza era limitata al solo caso di *accipiens* che apparisse creditore trova così compiuto superamento.

Eppure, lo evidenzia la seconda parte della massima, un siffatto effetto liberatorio - sebbene dichiaratamente fondato, si ribadisce, sull'art. 1189 cod. civ. - postulerebbe presupposti di fattispecie che sono estranei a quelli all'uopo delineati dall'art. 1189 cod. civ.

Gli elementi costitutivi dell'effetto assicurato dall'art. 1189 cod. civ. sono, come è noto, due: quello soggettivo della buona fede del solvens [buona fede che il debitore è peraltro chiamato a provare, contro ogni presunzione⁽¹⁷⁾]; quello oggettivo delle univoche circostanze che, inducendo chi adempie a ritenere di avere "ben" pagato, fondano l'apparenza.

Simili circostanze bastano a rendere ragione della regola che assicura al *solvens* la liberazione, persino nel caso di un pagamento sbagliato. È pertanto l'apparenza oggettiva a giustificare la scelta di *favor* per il debitore, con il corollario del passaggio al creditore del rischio dell'eventuale inadempimento dell'*accipiens*, legittimato solo in apparenza, ai propri obblighi restitutori.

La giurisprudenza non dubita di un tale esito. Ma quando si interroga sulla liberazione del debitore che paghi (non al creditore ma) al rappresentante ovvero all'indicatario apparente - ed intende superare l'orientamento di chiusura degli anni successivi alla codificazione - cade in contraddizione.

Per un verso si affida all'effetto liberatorio assicurato dall'art. 1189 cod. civ.; per l'altro ne subordina l'operare alla "culpa" del vero creditore, che deve avere contribuito, con la propria condotta, ad ingenerare nel debitore il convincimento di pagare ad un vero legittimato a ricevere.

Una simile soluzione può anche essere reputata equilibrata, contemperando non irragionevolmente i contrapposti interesse del debitore, alla liberazione dall'obbligo, e del creditore, che non intende

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

restare in balia di azioni restitutorie da attivare verso sconosciuti, ovvero verso soggetti che "interferiscono" nel rapporto obbligatorio e non sempre si rivelano affidabili.

Ma in tal guisa un presupposto eccentrico agli elementi costitutivi della fattispecie ex art. 1189 cod. civ. diviene decisivo per la produzione degli effetti liberatori che la disposizione intende assicurare.

Il punto è che, se si va oltre la superficie, la posizione che si sta consolidando nella nostra giurisprudenza quanto agli effetti del pagamento al rappresentante apparente è assai più vicina agli orientamenti della tradizione che alle opinioni di quella dottrina che da tempo sostiene l'applicazione dell'art. 1189 cod. civ. al pagamento ad ogni apparente legittimato a ricevere.

La regola dell'art. 1189 traduce infatti una scelta di deciso *favor* per il debitore, e per il suo interesse a liberarsi dell'obbligazione una volta adempiuto in buona fede; anche a scapito del creditore che perde a tale stregua il proprio diritto ad escutere il debitore, guadagnando, a compensazione, un credito restitutorio verso l'*accipiens*. Ora, con la soluzione in esame, la giurisprudenza accede ad una scelta prudente al riguardo, e maggiormente propensa a salvaguardare la posizione del creditore.

Tanto prudente dal ritenere la regola inoperante (quanto meno in via oggettiva) nei casi in cui avrebbe modo di essere più significativamente applicata: perché nella prassi un problema di apparenza si pone evidentemente con maggior frequenza nell'ipotesi di errore nell'individuazione del rappresentante o dell'indicatario, piuttosto che in quella, in fondo residuale, di errore nell'individuare il vero creditore. Questa era del resto la preoccupazione sostanziale sottesa alla giurisprudenza degli anni '50 che considerava inoperante la liberazione ex art. 1189 cod. civ. proprio in casi siffatti, ritenuti disciplinati dall'art. 1188 cod. civ. - che sancisce la mancata liberazione di chi paga al non legittimato a ricevere - «*in armonia con le norme della rappresentanza senza potere, di cui agli artt. 1398 e 1399*»⁽¹⁸⁾. Ragioni sostanziali che, di fatto e pur in un contesto nuovo, i recenti orientamenti in discorso mostrano di condividere.

Lo dimostra, del resto, la circostanza per cui finanche gli orientamenti più antichi "aprivano" alla tutela del debitore che paghi al rappresentante apparente nel solo caso - ecco i corsi e ricorsi interpretativi - di apparenza «*cagionata da un comportamento positivo o negativo dell'apparente mandante*» (e quindi del creditore)⁽¹⁹⁾.

Ma vi è una non irrilevante differenza tra le aperture degli anni '50 e quelle odierne: nel passato il correttivo era giocato, in logica sistematicamente accorta, su di una responsabilità risarcitoria in capo al creditore. Sebbene già all'epoca, pur affermata l'inoperatività dell'art. 1189, sia talora stata evocata una diretta liberazione del debitore *solvens* [liberazione spiegabile attraverso il ricorso al meccanismo compensativo, operante tra il persistente debito del *solvens* ed il suo credito risarcitorio avverso l'*accipiens*]⁽²⁰⁾.

Ora, è proprio quest'ultima soluzione che ha ispirato la massima oggi diffusa e qui in commento; che, lungi dal fare applicazione dell'art. 1189 cod. civ., crea una regola nuova - di vero e proprio diritto vivente - che, fuori dalle declamazioni, si iscrive nel rigetto dell'applicazione diretta dell'art. 1189 cod. civ. al legittimato apparente a ricevere. Né è un caso che quella oggi maggiormente in voga sia soluzione a suo tempo già favorevolmente considerata da Mengoni, come visto autore coerentemente contrario all'interpretazione liberale della disposizione.

Se le ragioni sostanziali ed empiriche di un siffatto orientamento ben si comprendono, la soluzione della Suprema Corte legittima però qualche perplessità.

In primo luogo, sul piano letterale, sembra come visto ineludibile l'indicazione dell'art. 1189 cod. civ., che fa espresso riferimento al pagamento a chi appare legittimato a ricevere ⁽²¹⁾. **Ma soprattutto, sul piano sostanziale, potrebbe sembrare irragionevole trattare differentemente il caso del pagamento al creditore apparente da quello del pagamento ad un diverso (apparente) legittimato a ricevere: tanto più che, assai singolarmente, l'identità di *ratio* che dovrebbe muovere la regolazione delle due fattispecie è enunciata non solo dalla dottrina da tempo più propensa ad una lettura in senso liberale della disposizione** ⁽²²⁾ **ma finanche - come si è visto la**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

massima invoca esattamente l'"identità di ratio"⁽²³⁾ - dalla giurisprudenza fautrice dell'indirizzo in esame.

Ma vi è di più: come si è osservato, sul piano tecnico la soluzione guadagnata dalla Cassazione è giocata sull'applicazione del meccanismo liberatorio dell'art. 1189 cod. civ.; ma per accedervi i giudici **richiedono l'accertamento di presupposti ulteriori rispetto a quelli che, nella logica della fattispecie, la disposizione richiede.** Vi è quindi qualcosa "che non torna" nella soluzione cui la Suprema Corte oggi, e da tempo, accede: dietro il rassicurante richiamo ad un regime "legale", la massima finisce per creare una regola di diritto vivente dal dubbio fondamento normativo.

In definitiva, la **soluzione "della terza via" in tal guisa abbordata trova certo** ragione in uno sforzo di mediazione e contemperamento tra interessi divergenti ma, come spesso occorre, non è forse quella sistematicamente più corretta.

Abbandonate le indicazioni passate che (proprio in ragione di analoghe preoccupazioni sistematiche) ritenevano *tout court* inoperante la regola dell'art. 1189 cod. civ., **salvo ipotizzare correttivi risarcitori nel caso di legittimazione apparente "creata" dal creditore, più ragionevole sarebbe allora stato ipotizzare l'applicazione della disposizione ad ogni situazione di apparenza, enfatizzando semmai il controllo sull'effettiva ricorrenza di «circostanze univoche» che inducano** il debitore a confidare, appunto, con assoluta sicurezza in una ineludibile situazione di apparenza⁽²⁴⁾.

In tal guisa si sarebbe guadagnato, senza cortocircuiti sistematici, quel necessario contemperamento tra interessi contrapposti del creditore e del debitore che è certamente la giusta preoccupazione all'origine dell'orientamento giurisprudenziale in esame; per un verso favorevole all'"estensione" dell'art. 1189 cod. civ., ma preoccupato di controllarne gli effetti.

Non sono del resto mancate, anche nella nostra giurisprudenza, sporadiche indicazioni favorevoli a trarre ogni conseguenza dall'operatività dell'art. 1189 cod. civ. a qualsivoglia situazione di apparente legittimazione, ritenendo sufficiente il ricorrere, oltre che della buona fede del *solvens*, di una condizione di apparenza nella sua oggettiva consistenza⁽²⁵⁾.

Si tratta, tuttavia, di esiti che si sono da ultimo recessivi, ma su cui forse non sarebbe inopportuno tornare a rimeditare.

Argomento 7

TRACCIA

Contratto stipulato in conflitto di interessi, contratto con sé stesso e forme di tutela.

A. Schema per punti

1. Contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi: nozione e distinzione tra mandato con o senza rappresentanza. 2. La tutela delle parti. 3. Contratto con se stesso (autocontratto). 5. Il conflitto di interessi in ambito societario: cenni.

Nota. *Si rinvia alla lezione per lo sviluppo della traccia.*

B. Giurisprudenza

1. Contratto stipulato in conflitto di interessi e mandato con rappresentanza: Cass. civ., sez. III, 30 maggio 2008, n. 14481.

Massima:

Il conflitto d'interessi idoneo, ai sensi dell'art. 1394 c.c., a produrre l'annullabilità del contratto, richiede l'accertamento dell'esistenza di un rapporto d'incompatibilità tra gli interessi del rappresentato e quelli del rappresentante, da dimostrare non in modo astratto od ipotetico ma con riferimento al singolo atto o negozio che, per le sue intrinseche caratteristiche, consenta la creazione dell'utile di un soggetto mediante il sacrificio dell'altro. (Nella specie, la S. C. ha confermato, sul punto, la sentenza impugnata che aveva escluso la sussistenza di un conflitto di interessi nel riconoscimento di debito in favore della società controricorrente sottoscritto da soggetto amministratore sia della società ricorrente che della società controricorrente, ravvisando l'adequatezza della sua motivazione con cui, pur dando atto della situazione di collegamento tra le dette società - per essere l'una socio finanziatore dell'altra - per il perseguimento di un comune scopo sociale, era stato evidenziato che la misura degli interessi pattuiti in misura superiore al tasso legale non era in macroscopico contrasto con i tassi praticati in quel periodo dal mercato finanziario e che, quindi, non si configurava alcuna ingiustificata costrizione delle aspettative della debitrice).

1.1. Segue: Cass. civ., sez. III, 8 novembre 2007, n. 23300.

Massima:

Il conflitto d'interessi idoneo, ex art. 1394 c.c., a produrre l'annullabilità del contratto, richiede l'accertamento dell'esistenza di un rapporto d'incompatibilità tra gli interessi del rappresentato e quelli del rappresentante, da dimostrare non in modo astratto od ipotetico ma con riferimento al singolo atto o negozio che, per le sue intrinseche caratteristiche, consenta la creazione dell'utile di un soggetto mediante il sacrificio dell'altro. Tale situazione, riferendosi ad un vizio della volontà negoziale, deve essere riscontrabile al momento perfezionativo del contratto, restando irrilevanti evenienze successive eventualmente modificative della iniziale convergenza d'interessi. (Nella fattispecie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata con la quale non era stato ravvisato conflitto d'interessi in un caso di fideiussione concessa da società di capitali a imprenditore privato, socio della società di capitali e coniuge dell'amministratore unico e legale rappresentante, ritenendosi che la fideiussione corrispondesse sia all'interesse della società, avente ad oggetto la gestione del patrimonio immobiliare

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

dei soci, che a quello dei due unici soci, a nulla rilevando il successivo mutamento della compagine sociale e la sopravvenuta assenza di corrispondenza tra l'interesse della società e dei soci e quella del terzo garantito).

1.2. Segue: Cass. civ., sez. III, 8 marzo 2017, n. 5794.

Massima:

Il conflitto di interessi che, se conosciuto o riconoscibile dal terzo, rende annullabile il contratto concluso dal rappresentante, ai sensi dell'art. 1394 c.c., applicabile anche nei casi di rappresentanza organica di una persona giuridica, ricorre quando il rappresentante, anziché tendere alla tutela degli interessi del rappresentato, persegua interessi propri o di terzi incompatibili con quelli del rappresentato di guisa che all'utilità conseguita o conseguibile dal rappresentante, per se medesimo o per il terzo, segua o possa seguire un danno per il rappresentato.

2. Contratto stipulato in conflitto di interessi e mandato senza rappresentanza: Cass. civ., sez. III, 19 maggio 2004, n. 9472.

Massima:

Il mandatario che esegua un pagamento ad un terzo per conto del mandante, non osservando le condizioni stabilite, non è assimilabile al terzo che adempie per il debitore ai sensi dell'art. 1180 c.c., poiché, vigendo tra le parti del rapporto di mandato la regola secondo cui il mandatario non può, nell'esecuzione dell'incarico, discostarsi dalle istruzioni ricevute dal mandante, l'atto giuridico compiuto dal mandatario medesimo oltre i limiti del mandato resta a carico dello stesso a norma dell'art. 1711, comma 1, c.c. Nè rileva che il mandante sia tenuto ad anticipare i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato, poiché la disciplina di cui all'art. 1719 c.c. è derogabile mediante patto che, pur senza escludere l'obbligo del mandante di fornire al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato, ne disciplini diversamente i tempi di attuazione. (Fattispecie relativa a rapporto trilaterale nell'ambito di contratto di produzione cinematografica: la S.C ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso l'inadempimento della mandante, poiché i pagamenti erano stati eseguiti senza rispettare lo stato di avanzamento del cortometraggio).

3. Contratto stipulato in conflitto di interessi e contratto con se stesso: Cass. civ., sez. II, 31 gennaio 2017, n. 2529.

Massima:

In tema di conflitto di interessi, la predeterminazione del contenuto del contratto e la specifica autorizzazione del rappresentato sono elementi richiesti unicamente dall'art. 1395 c.c. per la validità del contratto che il rappresentante conclude con sé stesso, quali cautele previste in via alternativa dal legislatore per superare la presunzione legale circa l'esistenza connaturale, in tal caso, del conflitto medesimo, attesa l'identità tra la persona del rappresentante e dell'altro contraente, mentre non rilevano ai fini dell'annullabilità del contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato, ex art. 1394 c.c..

3.1. Segue: Cass. civ., sez. VI, 19 novembre 2019, n. 29959.

Massima:

In tema di contratto concluso dal rappresentante con se stesso, l'art. 1395 c.c. contiene una presunzione "iuris tantum" di conflitto di interessi, che è onere dello stesso rappresentante superare mediante la dimostrazione di una delle due condizioni tassativamente previste, in via alternativa, dalla legge, vale a dire la predeterminazione del contenuto di tale contratto da parte del rappresentato o l'autorizzazione specifica di quest'ultimo, la quale può considerarsi idonea ove sia accompagnata dalla puntuale indicazione degli elementi negoziali sufficienti ad assicurare la tutela del rappresentato medesimo. Ne consegue che, con riferimento ad una compravendita, l'esistenza di detta

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

autorizzazione non può escludere l'annullabilità del contratto, ove sia da reputare generica perché priva di indicazioni in ordine al prezzo, così da non impedire eventuali abusi del rappresentante.

3.2. Segue: Cass. civ., sez. VI, 4 novembre 2013, n. 24674.

Omissis.

Osserva in fatto.

Con citazione del 15/7/2004 B.A., quale tutore di M.V. in stato di interdizione legale a seguito di sentenza penale passata in giudicato il 21/9/2001, conveniva in giudizio O.T. chiedendo la restituzione di un immobile previo annullamento di un contratto di vendita stipulato in data 28/3/2001 dalla convenuta con sè stessa in forza di procura speciale rilasciata dal M. in data 22/3/2001; con la procura il rappresentato aveva incaricato la O. di vendere l'unico immobile di sua proprietà al prezzo ritenuto conveniente e l'aveva autorizzata a vendere anche a sè stessa; l'attrice sosteneva che il prezzo convenuto per la vendita (L. 55.000.000) non raggiungeva neppure la metà di quello commerciale dell'epoca della vendita, pari a Euro 65.000,00, come da perizia che produceva.

Con sentenza del 7/11/2006 il Tribunale di Milano rigettava la domanda attorea e la sentenza era confermata dalla Corte di appello di Milano che, con sentenza del 24/11/2010 osservava:

- che il requisito della specificità della autorizzazione a contrarre con sè stessa era realizzato dalla duplice previsione che la vendita doveva essere effettuata a prezzo conveniente e che alla procuratrice era conferita la facoltà di determinare il prezzo della vendita;

- che l'elemento della convenienza del prezzo era stato correttamente valutato da primo giudice con riferimento all'esistenza di formalità che dovevano essere cancellate a cura dell'acquirente, e alla situazione di fatto dell'attrice che abitava l'immobile con il figlio minore.

B.A., quale tutore di M.V. in stato di interdizione legale ha proposto ricorso per cassazione passato in notifica il 15/11/2011 e notificato il 24/11/2011.

O.T. è rimasta intimata.

Diritto.

1. Con l'unico motivo di ricorso la ricorrente deduce la violazione dell'art. 1395 c.c., e il vizio di motivazione lamentando che immotivatamente la Corte di appello di Milano ha ritenuto che la procura a vendere al prezzo ritenuto conveniente, con facoltà di contrarre con sè stessa e di determinare il prezzo di vendita, sia sufficientemente univoca per evitare abusi del rappresentato (e quindi il conflitto di interessi) e idonea a realizzare il requisito della specificità dell'autorizzazione e richiama giurisprudenza di questa Corte secondo la quale l'attribuzione della facoltà di vendere al prezzo ritenuto conveniente non integra il requisito della specificità; la ricorrente aggiunge che l'atto era altresì pregiudizievole in quanto l'immobile era stato venduto ad un prezzo (L. 50.000.000) molto inferiore a quello stimato (Euro 65.000) da un perito e che l'onere economico rappresentato dalle formalità da cancellare era costituito solo da adempimenti formali in quanto i debiti per i quali vi erano iscrizioni e trascrizioni erano stati estinti.

1.1 Il motivo è manifestamente fondato.

Gli artt. 1394 e 1395 c.c., rispettivamente prevedono: a) che il contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato può essere annullato se il conflitto era conoscibile dal terzo; b) che è annullabile il contratto concluso dal rappresentante con sè stesso, in proprio o quale rappresentante di un'altra parte, salvo che non vi sia stata specifica autorizzazione, ovvero che il contenuto del contratto sia stato predeterminato, in modo da escludere il conflitto.

Le due disposizioni costituiscono eccezioni al principio generale della irrilevanza del profilo obbligatorio attinente al rapporto interno rappresentante - rappresentato sull'efficacia della legittimazione attribuita al primo.

In particolare l'art. 1395 c.c., prevede una presunzione iuris tantum di conflitto di interessi, che può essere superata esclusivamente - con una indicazione che assume dunque i connotati della tassatività -dalla dimostrazione dell'esistenza, in via alternativa, di due condizioni: una

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

autorizzazione specifica, ovvero la predeterminazione degli elementi negoziali (Cass. 21/11/2008 n. 27783); perchè si realizzino queste condizioni è necessario un ruolo attivo e partecipe del rappresentato nella fase prodromica alla conclusione dell'atto (cfr. Cass. 24/3/2004 n. 5906; Cass. 15/5/2009 n. 11321 e Cass. 15/3/2012 n. 4143).

Sulla base di tali principi questa Corte ha ripetutamente affermato:

che in tema di annullabilità del contratto concluso dal rappresentante con se stesso l'autorizzazione data dal rappresentato al rappresentante a concludere il contratto con se stesso in tanto può considerarsi idonea ad escludere la possibilità di un conflitto di interessi e quindi l'annullabilità del contratto, in quanto sia accompagnata dalla puntuale determinazione degli elementi negoziali sufficienti ad assicurare la tutela del rappresentato; ne consegue **che tale autorizzazione non è idonea quando risulti generica, non contenendo, tra l'altro (come nella specie), alcuna indicazione in ordine al prezzo della compravendita, che impedisca eventuali abusi da parte del rappresentante (Cass. 6398/11; 5906/04; 14982/02);**

- che per la configurabilità del conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato che, se conosciuto o conoscibile dal terzo, rende annullabile il contratto concluso dal rappresentante, ai sensi dell'art. 1394 cod. civ. **non ha rilevanza, di per sé, che l'atto compiuto sia vantaggioso o svantaggioso per il rappresentato e che non è necessario provare di aver subito un concreto pregiudizio, perchè il rappresentato possa domandare o eccepire l'annullabilità del negozio (Cass. 15981/07);**

- quanto alle due ipotesi in presenza delle quali è esclusa l'annullabilità del contratto, che l'annullabilità del contratto posto in essere dal rappresentante con se stesso, è esclusa nelle due ipotesi, previste, in via alternativa, dall'art. 1395 c.c., dell'autoritario ne specifica e della predeterminazione del contenuto del contratto (cfr. Cass. 22/4/1997 n. 3471, 15 maggio 2009, n. 11321). Ricorre la prima ipotesi quando il rappresentato autorizzi specificamente il rappresentante a concludere il contratto con se medesimo, determinando gli elementi negoziali sufficienti ad assicurare la tutela dei suoi interessi o la predeterminazione degli elementi negoziali (Cass. 7.5.1992, 5438) (così Cass. 21/3/2011 n. 6398).

La conseguenza è che la validità del contratto è legata alla indicazione, nella procura, dei requisiti minimi negoziali perchè altrimenti l'interesse perseguito non sarebbe più quello del rappresentato, ma quello del rappresentante; ciò che è escluso dalle finalità che la norma persegue.

Nella specie, il contenuto della procura, in particolare la facoltà contrarre con se stesso, di determinare il prezzo di vendita e di vendere al prezzo che riterrà conveniente è tale da non consentire l'individuazione di alcuna preventiva indicazione dei requisiti minimi che il contratto avrebbe dovuto contenere (cfr. quali precedenti conformi con riferimento a identica formula: Cass. 24/3/2004 n. 5906; Cass. 15/5/2009 n. 11321).

La sentenza impugnata ha applicato con motivazione insufficiente l'art. 1395 c.c. ritenendo che l'espressa autorizzazione a concludere il contratto con se stesso fosse idonea a escludere il conflitto e non motivando sulla base di quali parametri oggettivi o di quali concreti elementi di riferimento avrebbe potuto essere determinato il prezzo, posto che il requisito della specificità dell'autorizzazione di cui all'art. 1395 c.c., deve essere riferito anche alla specificità dei criteri di determinazione dell'elemento essenziale del prezzo.

3. In conclusione, il ricorso può essere trattato in camera di consiglio, in applicazione degli artt. 376, 380 bis e 375 c.p.c., per essere dichiarato manifestamente fondato".

Considerato che il ricorso è stato fissato per l'esame in camera di consiglio, che sono state effettuate le comunicazioni alle parti costituite e la comunicazione al P.G.;

Rilevato che l'intimata non si è costituita;

Considerato che il collegio condivide e fa proprie le argomentazioni e la proposta del relatore e che pertanto la sentenza impugnata deve essere cassata con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello di Milano (che provvederà anche in ordine alle spese di questo giudizio di cassazione) che dovrà

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

valutare, con specifica e adeguata motivazione, l'esistenza di una specifica autorizzazione al rappresentante a concludere il contratto anche con sè stesso, accompagnata dall'individuazione dei criteri idonei a determinare il prezzo di vendita, tenendo conto che la generica facoltà contrarre con sè stesso e di determinare il prezzo di vendita e di vendere al prezzo ritenuto conveniente non costituiscono idonei ad individuare la necessaria preventiva indicazione dei requisiti minimi che il contratto avrebbe dovuto contenere anche con riferimento all'elemento essenziale costituito dal prezzo di vendita e, quindi, ad escludere il conflitto di interessi.
Omissis.

4. La disciplina del conflitto di interesse nelle società: Cass. civ., sez. II, 5 gennaio 2022, n. 255.
Massima:

Quando un amministratore ponga in essere, in nome della società, un atto o un negozio nei confronti di un terzo, ancorché rientrante nella competenza del consiglio di amministrazione, il conflitto di interessi, in assenza di previa deliberazione collegiale, non può essere regolato dall'art. 2391 c.c., in quanto nelle fattispecie regolate da questa norma il conflitto emerge in un momento anteriore in quanto afferente all'esercizio del potere di gestione, ma dall'art. 1394 c.c., il quale impone di accertare l'esistenza di un rapporto di incompatibilità tra gli interessi del rappresentato e quelli del rappresentante, da dimostrare in modo non astratto o ipotetico, ma tenendo conto dell'idoneità del singolo atto o negozio alla creazione dell'utile di un soggetto mediante il sacrificio dell'altro.

Si riporta di seguito un estratto della parte motivazionale:

Omissis.

6.3. Del resto, l'esistenza di una pluralità di amministratori non è di ostacolo all'applicazione della disciplina dettata dall'art. 1394 c.c., ponendo in evidenza che quest'ultima norma è certamente applicabile nel caso in cui, pur essendovi il consiglio di amministrazione, l'operazione da compiere sia devoluta alla specifica competenza di uno soltanto dei suoi componenti (l'amministratore delegato) che abbia il potere di agire con gli stessi poteri che competono all'amministratore unico e, quindi, senza necessità di un intervento del consiglio. Ed a conclusioni non diverse deve pervenirsi quando il singolo amministratore ponga in essere, in mancanza di una delibera del consiglio di amministrazione, un atto che rientri, invece, nella competenza di tale organo. Invero, nell'ipotesi prefigurata dall'art. 2391 c.c. il conflitto emerge in sede deliberativa e, quindi, in un momento anteriore a quello in cui l'atto viene posto in essere, in nome della società, nei confronti del terzo, e tocca, pertanto, l'esercizio (non già del potere rappresentativo, che si puntualizza nella spendita del nome della società verso i terzi) ma del potere di gestione, il cui esercizio, data la struttura dell'organo amministrativo, si estrinseca in deliberazioni collegiali. E', pertanto, evidente che, se, come nel caso in esame, il compimento dell'atto posto in essere dal singolo amministratore con il terzo non è stato preceduto da una fase procedimentale che si sia concretata nell'adozione di una delibera consiliare, tale disposizione non può ricevere applicazione, a nulla rilevando che l'atto sia eventualmente ricompreso, sotto il profilo gestorio, nella competenza del consiglio di amministrazione. Non essendo, quindi, ravvisabili le condizioni per il ricorso alla disciplina dettata dal citato art. 2391 c.c., l'incidenza del conflitto d'interessi sulla validità del negozio posto in essere con il terzo deve essere quindi regolata sulla base di principi diversi che, in mancanza di altri indici normativi, vanno identificati in quelli fissati, in via generale, dall'art. 1394 c.c. (Cass. n. 1525 del 2006; Cass. n. 3501 del 2013). E a tal ultimo riguardo, va ribadito il principio secondo cui il conflitto d'interessi idoneo, ai sensi dell'art. 1394 c.c., a produrre l'annullabilità del contratto, richiede l'accertamento dell'esistenza di un rapporto d'incompatibilità tra gli interessi del rappresentato e quelli del rappresentante, da dimostrare non in modo astratto od ipotetico ma con riferimento al singolo atto o negozio che, per le sue intrinseche caratteristiche, consenta la creazione (come, appunto, accertato, a mezzo di consulenza tecnica d'ufficio, dalla sentenza impugnata,

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

attraverso il riscontro in fatto di una rilevante differenza tra il valore di mercato del bene ed il prezzo pattuito per la sua vendita nel contratto preliminare) dell'utile di un soggetto mediante il sacrificio dell'altro (Cass. n. 2529 del 2017).

Omissis.

4.1. Segue: Cass. civ., sez. II, 21 marzo 2022, n. 9054.

Massima:

Al contratto concluso in conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato firmato da un amministratore di società per azioni è applicabile solo la disciplina generale di cui all'art. 1394 c.c., relativa all'esercizio del potere rappresentativo qualora sia mancato del tutto un momento deliberativo dell'organo gestorio collegiale precedente la conclusione del contratto. Non sono invece applicabili le norme sul conflitto di interessi e gli interessi degli amministratori (artt. 2373 e 2391 c.c.), che invece disciplinano il momento dell'esercizio del potere deliberativo.

E' possibile per l'organo amministrativo convalidare gli atti posti in essere in conflitto di interessi da parte dell'amministratore della società, ove si rientri nella fattispecie di cui all'art. 2391 c.c., purché sia accertabile univocamente, al di là della mera approvazione degli atti gestori, la specifica volontà di far proprio l'atto posto in essere dal rappresentante.

Si riporta di seguito un estratto della parte motivazionale:

Omissis.

Nella specie non vi era alcun conflitto tra il detto M. e la Bibò, il che esclude che possa farsi applicazione dell'art. 1394 c.c.. L'art. 2391 c.c., invece impone, per evidenti ragioni di trasparenza, che l'amministratore debba segnalare alla società il proprio conflitto di interessi.

Nella specie si verteva in una fattispecie di amministratore delegato, che giustificava quindi la necessità che questi, oltre che dare notizia del potenziale conflitto, dovesse astenersi dal porre in essere l'operazione, investendo il competente organo collegiale.

Solo nel caso di amministratore unico, non essendovi separazione tra potere deliberativo e potere rappresentativo, possono venire in gioco le previsioni di cui agli artt. 1394 e 1395 c.c.

Omissis.

4.2. Segue: Cass. civ., sez. I, 16 dicembre 2020, n. 28718.

Massima:

Tra i doveri imposti dalla legge, cui gli amministratori devono adempiere ex articolo 2392 del codice civile, sussiste altresì l'obbligo per ogni amministratore, codificato dall'articolo 2391 del codice civile, di dare notizia, agli altri amministratori ed al collegio sindacale, di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata. Se poi si tratta di amministratore delegato, egli deve astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale. In questi casi, la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la Società dell'operazione.

4.3. Segue: Cass. civ., sez. I, 13 febbraio 2013, n. 3501.

Massima:

In tema di società per azioni, quando il singolo amministratore ponga in essere, **in mancanza di una delibera del consiglio di amministrazione**, un atto con il terzo che rientri, invece, nella competenza di tale organo, l'incidenza del conflitto di interessi sulla validità del negozio deve essere regolata sulla base, non già dell'art. 2391 c.c. (il quale, riferendosi al conflitto che emerge in sede deliberativa, concerne l'esercizio del potere di gestione, in un momento, quindi, anteriore a quello in cui l'atto viene

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

posto in essere, in nome della società, nei confronti del terzo), ma della disciplina generale di cui all'art. 1394 c.c. Al riguardo, costituendo il divieto di agire in conflitto di interessi con la società rappresentata un limite derivante da una norma di legge, la sua rilevanza esterna non è subordinata ai presupposti stabiliti dal comma 2 dell'art. 2384 c.c., il cui ambito di applicazione è riferito alle limitazioni del potere di rappresentanza derivanti dall'atto costitutivo o dallo statuto, che abbiano, cioè, la propria fonte (non nella legge, ma) nell'autonomia privata. (Pronuncia resa in fattispecie anteriore al d.lg. 17 gennaio 2003 n. 6).

Si riporta di seguito la parte motivazionale della sentenza:

Omissis.

Va ricordato altresì che, in tema di società per azioni, quando il singolo amministratore ponga in essere, in mancanza di una delibera del consiglio di amministrazione, un atto con il terzo che rientri, invece, nella competenza di tale organo, l'incidenza del conflitto di interessi sulla validità del negozio deve essere regolata sulla base, non già dell'art. 2391 cod. civ. (il quale, riferendosi al conflitto che emerge in sede deliberativa, concerne l'esercizio del potere di gestione, in un momento, quindi, anteriore a quello in cui l'atto viene posto in essere, in nome della società, nei confronti del terzo), ma della disciplina generale di cui all'art. 1394 cod. civ., al riguardo, costituendo il divieto di agire in conflitto di interessi con la società rappresentata un limite derivante da una norma di legge, la sua rilevanza esterna non è subordinata ai presupposti stabiliti dall'art. 2384 cod. civ., comma 2, il cui ambito di applicazione è riferito alle limitazioni del potere di rappresentanza derivanti dall'atto costitutivo o dallo statuto, che abbiano, cioè, la propria, fonte (non nella, legge, ma) nell'autonomia privata" (Cass. Civ., sezione 1, n. 1525 del 26 gennaio 2006).

Omissis.

4.4. Segue: Cass. civ., sez I, 26 gennaio 2006, n. 1525.

Omissis.

4.4.1 - Si è ormai chiarito che l'esistenza di una pluralità di amministratori non è di ostacolo all'applicazione della disciplina dettata dall'art. 1394 c.c., ponendo in evidenza che quest'ultima norma è certamente applicabile nel caso in cui, pur essendovi il consiglio di amministrazione, l'operazione da compiere sia devoluta alla specifica competenza di uno soltanto dei suoi componenti (l'amministratore delegato) che abbia il potere di agire con gli stessi poteri che competono all'amministratore unico e, quindi, senza necessità di un intervento del consiglio (Cass. 1 febbraio 1992, n. 1089). Ma a conclusioni non diverse deve pervenirsi quando, come nel caso di specie, il singolo amministratore ponga in essere, in mancanza di una delibera del consiglio di amministrazione, un atto che rientri, invece, nella competenza di tale organo. Invero, nell'ipotesi prefigurata dall'art. 2391 c.c. il conflitto emerge in sede deliberativa e, quindi, in un momento anteriore a quello in cui l'atto viene posto in essere, in nome della società, nei confronti del terzo. Esso tocca, pertanto, l'esercizio (non già del potere rappresentativo, che si puntualizza nella spendita del nome della società verso i terzi) ma del potere di gestione, il cui esercizio, data la struttura dell'organo amministrativo, si estrinseca in deliberazioni collegiali: l'annullamento del negozio stipulato con il terzo costituisce, il riflesso dell'invalidità della delibera dell'organo di amministrazione ed è quindi subordinato al suo accertamento.

È pertanto evidente che, se il compimento dell'atto posto in essere dal singolo amministratore con il terzo non è stato preceduto da una fase procedimentale concretasi nell'adozione di una delibera consiliare, tale disposizione non può ricevere applicazione, a nulla rilevando che l'atto sia eventualmente ricompreso, sotto il profilo gestorio, nella competenza del consiglio di amministrazione. Non essendo quindi ravvisabili le condizioni per il ricorso alla disciplina dettata dal citato art. 2391 c.c., l'incidenza del conflitto d'interessi sulla validità del negozio posto in essere con il terzo deve essere quindi regolata sulla base di principi diversi che, in mancanza di altri indici normativi, vanno identificati in quelli fissati, in via generale, dall'art. 1394.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

4.4.2 - Ma a non diverse conclusioni deve giungersi per l'altra affermazione, specificata alla lettera "c" del 2, relativa all'individuazione dei presupposti per l'opponibilità ai terzi del limite derivante dal divieto di agire in conflitto di interessi con la società rappresentata. È sufficiente rilevare, a tale riguardo, che trattandosi di un limite derivante da una norma di legge (art. 1394 c.c.) la sua rilevanza esterna non può essere subordinata ai presupposti stabiliti dal secondo comma dell'art. 2384 c.c., il cui ambito di applicazione è riferito alle limitazioni del potere di rappresentanza derivanti "dall'atto costitutivo o dallo statuto", che abbiano cioè la propria fonte (non nella legge, ma) nell'autonomia privata.

4.4.3 - Anche l'opponibilità ai terzi del vizio dell'atto compiuto, nell'ipotesi considerata, dall'amministratore in conflitto di interessi con la società è quindi regolata dall'art. 1394 c.c., il quale - dettando la disciplina generale dell'istituto - stabilisce che il negozio può essere annullato dalla società "se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo".

La ricorrenza di tale presupposto è stata affermata esplicitamente dalla sentenza impugnata, con apprezzamento di fatto la cui esattezza non può essere riconsiderata in questa sede di legittimità. Le critiche mosse dai ricorrenti a tale assunto sono, per un verso, giuridicamente inesatti (nella parte in cui prospettano la tesi che la rilevanza esterna del vizio è ammessa entro i limiti stabiliti dall'art. 2384 c.c., comma 2) e per altro verso inammissibili, nella parte in cui si limitano ad una censura del tutto generica della congruità della motivazione, senza dedurre l'esistenza di contraddizioni, lacune o altri vizi logici rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5 (ex pluribus: Cass. 6 ottobre 1999, n. 11121; 8 settembre 2000, n. 11854).

Omissis.