

Capitolo I

Rappresentanza e diritto di famiglia: profili generali e oggetto della ricerca

Sommario: 1.1. Introduzione. – 1.2. Alle origini delle origini. – 1.3. La “non” rappresentanza dei romani. – 1.4. La rappresentanza moderna e le sue fonti: l’art. 1387 c.c. – 1.5. Critiche alla pretesa esaustività del sistema binario delle fonti. – 1.6. La rappresentanza nel diritto di famiglia: quattro casi esemplari da indagare.

«Lasciamo da parte l’ambigua quanto inutile disposizione dell’art. 1387 che consacra una distinzione di scuola non precisa, e in termini che assai si presterebbero alla critica»

(S. PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*)

1.1. *Introduzione*

Agire per altri e in loro nome: per farlo serve un potere, che solo la legge o l’interessato possono accordare. A dirlo è l’art. 1387 c.c., ed il suo intento è chiaro: per deviare gli effetti di un atto su un soggetto diverso dall’autore occorre il consenso: o del destinatario, o del legislatore.

Legge e autonomia, dunque. Due fonti e un unico istituto non più fuso come un tempo col mandato; un istituto e due rappresentanze, legale e volontaria; la quale – rileva la dottrina – non sarebbe mai evoluta in ciò che oggi chiamiamo “rappresentanza diretta”, se non si fosse emancipata dai rapporti interni di tipo gerarchico e familiare che ne avevano da principio impedito l’elaborazione¹.

¹ Cfr. V. DE LORENZI, *Rappresentanza diretta volontaria nella conclusione dei*

Ecco qui, allora, il cuore della questione: se la rappresentanza moderna, per emergere, si è dovuta scollare dai rapporti domestici a cui era agli albori commista, in che misura famiglia e rappresentanza oggi si escludono (o si implicano) a vicenda? A quali fonti attinge la rappresentanza tra congiunti: solo alla legge e alla procura?

Affinché il tema risulti meglio circoscritto, occorre prima individuare in quali casi la rappresentanza e le sue fonti tipiche già agiscano in materia familiare. L'analisi di tali ipotesi esula infatti dal presente studio, poiché lì non si pongono problemi: almeno, non quelli affrontati in questo lavoro.

Innanzitutto, non è di per sé oggetto d'indagine la rappresentanza dei minori: dieci milioni, quasi, di individui soggetti ai poteri sostitutivi dei genitori (art. 320 c.c.). E neppure è oggetto d'esame la protezione degli adulti fragili che si attui per mezzo di una misura giudiziale (dall'interdizione all'amministrazione di sostegno), di norma affidata ad un congiunto, chiamato ad affiancare o sostituire il familiare incapace (art. 424 ult. comma, c.c. in riferimento all'art. 408 c.c.).

Annodata a filo doppio alla ricerca, la rappresentanza *legale* degli incapaci (minori o maggiori di età) ne resta infatti ai margini; e lo stesso può ripetersi dei casi in cui i rapporti tra i congiunti si basano su formali investiture di poteri (si pensi ad una disposizione anticipata di trattamento che nomini "fiduciario" un parente) o su apposite procure incorporate in mandati. Se la famiglia è intrisa di rappresentanza legale, non perciò disdegna quella volontaria; ma anch'essa esula – se è "vera" rappresentanza – dall'indagine.

Cosa rimane? Senza etichette precise e senza discipline generali, senza procure e senza mandati, senza tutele o amministrazioni di sostegno, senza d.a.t. o nomine fiduciarie resta una variegata serie di fattispecie, nelle quali i congiunti agiscono nell'interesse di altri familiari, *ma senza averne in apparenza i poteri*: sono queste "rappresentanze senza rappresentanza", non propriamente volontarie, né propriamente legali, l'oggetto di questo lavoro.

Tre esempi possono abbozzare una cornice: il convivente che acquista mobili per la casa e lascia intendere che passerà il partner

contratti e analisi economica del diritto, Giuffrè, Milano, 2002, 1 s. Sul punto, più diffusamente, si veda il § 1.3.

a saldare; il ragazzino che acquista beni di consumo, pagandoli col denaro del genitore; la moglie che al capezzale del marito esanime valuta coi medici la terapia migliore. A che titolo tali soggetti agiscono, e con quali effetti nella sfera del congiunto?

Ancora: chi pagherà le cure dentistiche del figlio, se il contratto fu concluso dalla madre? Nessun altro oltre a lei, o sarà coobbligato anche il padre, estraneo al contratto?

E se spingiamo l'indagine più avanti, chiediamoci: a che titolo i familiari possono occuparsi dell'onore di un defunto, accedere ai suoi dati, richiedere o ricusare per lui la cremazione del suo corpo? Dinanzi al silenzio, «custode della coscienza»², chi può farsi interprete di una volontà inespressa?

Si affaccia dagli esempi proposti un'intricata casistica³, che dà vita a rapporti da cui derivano continue vicarianze, grandi e piccole ingerenze, ciascuna delle quali è l'epifania di un sistema latente, la tessera di un mosaico. Raccolte insieme, queste tessere restituiscono l'immagine di regole fondate su ragioni di praticità, affetto e senso del dovere, che costituiscono il «tessuto connettivo»⁴ della vita familiare e sociale.

Tutto ciò è già rappresentanza, o è solo il riflesso informale di ciò che reca quel nome? Ovviamente è presto per dirlo; ma da quanto affermato è già evidente un fatto: che il fondamento dei fenomeni

² G. ALASIA, *Alfabeta storico*, Giunti, Firenze, 1622, 386.

³ Il tema dei poteri rappresentativi “informali” tra congiunti è abitualmente negletto in dottrina. Per un piccolo catalogo di ipotesi nelle quali la solidarietà familiare dà vita a meccanismi che conferiscono ad uno dei suoi membri «*qualité pour représenter un intérêt collectif de cette famille*»: cfr. però A. FUSARO, *La solidarité. Solidarité et réparation de dommages*, relazione italiana alla riunione dell'Associazione Henri Capitant, Bordeaux, sessione del 3 giugno 2019.

⁴ Così R. SACCO definisce le «relazioni giuridiche innominate di piccola cooperazione» che derivano da comportamenti bilaterali e ripetuti dai consociati, generatori di quella che l'A. stesso chiama *routine*: «Si tratta di comportamenti ognuno dei quali è di poco momento. Ma presi tutti insieme costituiscono il tessuto connettivo di tutta la vita di relazione, di tutta la vita sociale» (R. SACCO, *Il Fatto, l'Atto, il Negozio*, con la collaborazione di P. Cisiano, nel *Trattato dir. civ.* diretto da Sacco, Utet, Torino, 2005, 398 s.). Tali rapporti – rileva ancora Sacco – intercorrono tra familiari, ma anche tra amici, conoscenti, colleghi di lavoro. La consuetudine che si instaura tra costoro spiega l'intromissione nella sfera giuridica altrui, ma non fa sorgere responsabilità verso i terzi. Per tali ragioni, la *routine* descritta da Sacco identifica un fenomeno che ha maggiore ampiezza, ma minore profondità di quello oggetto del presente studio.

studiati andrà cercato non solo tra le norme del diritto positivo, ma anzitutto su quella linea di confine tra legge e prassi da cui gli uomini e le donne attingono le regole profonde del loro agire.

1.2. *Alle origini delle origini*

La rappresentanza è dunque una moneta con due facce, anche se quella rivolta agli incapaci – si dice – fu coniata per prima, offrendo così l'archetipo⁵ per la teorizzazione moderna dell'istituto. Torneremo più avanti su questa opinione, ma intanto importa fissare un punto in sé evidente: ai minori e ai soggetti troppo fragili per badare a sé stessi serve un sostituto. E se la rappresentanza degli incapaci risponde a un istintivo bisogno di assistenza, la famiglia – che è il luogo in cui quei bisogni trovano una prima risposta – ne fu la naturale incubatrice.

A chi è in grado di badare a sé, viceversa, la rappresentanza non serve, almeno finché si resta nel perimetro di una ristretta attività personale. Ma «per poco» – si sa – «che questa cerchia si slarga e questa attività si moltiplica, ricollegandosi a quella degli altri singoli e a gruppi di individui presi insieme, ecco che le forze di uno solo non bastano più neppure a soddisfare i propri bisogni, e si rende necessaria una stretta cooperazione fra i diversi individui, in modo che ciascuno possa far fare ad altri quello che dovrebbe fare da sé, senza perciò perderne in alcun modo i risultati». Di qui nasce la rappresentanza volontaria⁶.

Tutto ciò è ben noto. Ed è noto che simili schemi possono trovarsi alla base di una semplice procura tra privati come di costruzioni giuridiche ben più complesse, quali quelle sull'origine stessa dello Stato («Una moltitudine di uomini diviene una sola persona, quando questi uomini sono rappresentati da un solo uomo», scriveva Hobbes pensando al suo Leviatano)⁷. Ma prima di vedere come

⁵ Cfr. P.P. ONIDA, «*Agire per altri*» o «*agire per mezzo di altri*». *Appunti romanistici sulla «rappresentanza»*. I. *Ipotesi di lavoro e stato della dottrina*, Jovene, Napoli, 2018, 8 e 22.

⁶ Così F. SAGGESE, *La rappresentanza nella teoria e nella pratica del diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1933, 1 ss., da cui è tratto il virgolettato nel testo.

⁷ T. HOBBS, *Leviatano*, a cura di T. Magri, Ed. Riuniti, Roma, 1986, 104.

filosofi, giuristi e papi abbiano concorso all'“invenzione” della rappresentanza moderna (cfr. il § 1.4), occorre nuovamente interrogarsi sulle radici primigenie del fenomeno: se la rappresentanza è la «più rilevante ipotesi di gestione di affari altrui»⁸, da dove è nato l'iniziale impulso ad agire per altri? E chi furono questi “altri”?

Una risposta a simili quesiti non si può dare che per congetture, le quali ci spingono ad una fase così remota da essere insondabile se non si tenta d'intuire ciò che sarebbe impossibile provare. E così, mentre il discorso scivola fuori dal piano giuridico e scende giù fino agli strati ancestrali dello sviluppo umano, non sembra illogico supporre – nella nostra specie non diversamente dalle altre – una naturale propensione ad aiutare il consanguineo come mezzo ugualmente idoneo alla trasmissione del proprio patrimonio genetico⁹. In questa prospettiva, procacciare beni al congiunto, prendersi cura di lui compiendo quanto necessario al suo benessere devono essere state operazioni talmente ataviche che non riusciamo a immaginare un momento esatto in cui presero ad essere praticate.

Ancora una volta, dunque, come per gli incapaci, alla radice dell'impulso ad agire per altri sembra trovarsi la naturale vocazione a collaborare tra soggetti legati dalla necessità e dall'affetto. Ma è ovvio che questa vocazione, che dobbiamo immaginare appiattita all'inizio sul compimento di semplici attività materiali, di mera gestione più che di vera rappresentanza, per evolvere in rappresen-

⁸ Così U. NATOLI esordisce definendo la rappresentanza nell'omonima voce «Rappresentanza (diritto privato)», in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, 463.

⁹ Per queste suggestioni sono debitore alla lezione di R. CATERINA, *Il giusto e l'ingiusto per gli animali*, tenuta il 29 settembre 2022 presso l'Accademia delle scienze di Torino. Il testo scritto della relazione è in corso di stampa. Ringrazio l'A. per avermi permesso di leggerne la bozza, da cui è tratta la seguente citazione: «Uno dei problemi centrali della teoria evuzionistica è la spiegazione dell'altruismo. [...] Una prima spiegazione è legata alla c.d. selezione di parentela. Un comportamento altruistico ha possibilità di instaurarsi nella misura in cui avvantaggia individui con alta comunanza di geni col benefattore (parenti stretti), e se il costo pagato dal benefattore è superato dal vantaggio complessivo per la rappresentanza degli stessi geni nella successiva generazione. In poche parole: un individuo, aiutando i propri parenti stretti, moltiplica le possibilità per i suoi stessi geni di diffondersi». Nella letteratura divulgativa scientifica cfr. altresì R. DAWKINS, *Il gene egoista. La parte immortale di ogni essere vivente*, Mondadori, Milano, 1992.

za volontaria (o in qualcosa che le assomigli) ha avuto bisogno di alcuni presupposti. Anzitutto, della possibilità di rapporti di scambio con terzi¹⁰ estranei alla cerchia familiare; il che implica strutture sociali minimamente progredite. E una volta raggiunto questo stadio, c'è stato bisogno di una chiara cesura tra interesse del "rappresentato" e del "rappresentante", unita alla consapevolezza che al primo serve un potere conferito dal secondo, quale fonte di legittimazione a spendere il suo nome.

Ma se questi sono i presupposti logici della rappresentanza negoziale per come oggi si è sedimentata, quante minori *chance* ci sono che essi si realizzino in ambiente familiare? All'interno dei piccoli gruppi, infatti, la condivisione di utilità e bisogni fa sì che l'interesse di chi agisce si compenetri con quello di colui per cui si agisce; e ciò spesso suggerisce di attivarsi a prescindere da un'espressa investitura di poteri, che in molti casi si dà per intrinseca all'affare stesso. Non solo: mentre la rappresentanza rimane pur sempre un'«eccezione»¹¹ e un'«anomalia»¹² rispetto ai casi ordinari in cui l'interessato provvede da sé ai propri affari, nella famiglia il rapporto tra eccezione e regola è fortemente alterato dall'esistenza di poteri connessi allo *status* (specie in passato) e di doveri di cura e assistenza che plasmano la fisiologia dei rapporti tra i suoi membri.

¹⁰ Come è in effetti chiaro, «Vi sono dei fatti di cooperazione in virtù dei quali il cooperatore non fa che aiutare materialmente il principale, svolgendo accanto a lui, o in vece di lui, un'attività che quegli non vuole o non può compiere personalmente, la quale attività, però, non importi la creazione di relazioni (giuridiche) coi terzi. [...] Il rapporto di gestione nascente dal negozio tra principale e cooperatore – se può chiamarsi rapporto di gestione – qui non ha nulla a che vedere con la rappresentanza»: così S. PUGLIATTI, *Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza*, in *Studi sulla rappresentanza*, Giuffrè, Milano, 1965, 167.

¹¹ Cfr. L. BRUSCUGLIA, *La rappresentanza legale*, in appendice a U. NATOLI, *La rappresentanza*, Giuffrè, Milano, 1977, 148 ove la rappresentanza è definita «come l'unica eccezione al fondamentale principio dell'ordinamento secondo cui nell'ambito della sfera giuridica di una parte possono prodursi esclusivamente gli effetti derivanti dalla propria attività». Più in generale, sulla «cooperazione al fatto giuridico altrui» quale «eccezione al principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico che attribuisce al soggetto titolare la competenza esclusiva a regolare i propri interessi»: S. FERRARI, *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, Giuffrè, Milano, 1962, 5.

¹² F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, nel *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, vol. XXI, tomo 1, Giuffrè, Milano, 1973, 225.

A guardarle in questa prospettiva, famiglia e rappresentanza iniziano dunque a suggerire la complessità del rapporto che le correla. In effetti, se la solidarietà familiare esprime *in nuce* le più spontanee forme dell'agire per altri, è quasi inevitabile che le modalità espressive di questo agire, a causa delle specificità della famiglia, si incanalino per vie traverse, che a volte si avvicinano e a volte si allontanano dai binari ideali della rappresentanza. Per seguire questi percorsi, bisogna partire da lontano. E l'esperienza del diritto romano, al di là della distanza siderale tra modelli familiari antichi e attuali, offre un ottimo punto di avvio.

1.3. La “non” rappresentanza dei romani

Nel diritto romano manca – si dice e si ripete – l'idea in sé di «rappresentanza» diretta¹³. La presenza di tale “lacuna” è ritenuta indubbia dai più¹⁴, e quasi un «luogo comune»¹⁵ da altri. Ma, come tutti i luoghi comuni, essa poggia su dati reali, che si traducono nelle fonti in ripetute attestazioni di un espresso divieto: *vulgo dicitur, per extraneam personam nobis adquiri non posse*: è opinione comune che per mezzo di un terzo non possiamo acquistare alcunché. O, più lapidariamente ancora, *alteri stipulari nemo potest*: nessuno può stipulare per altri¹⁶.

¹³ Sul tema, in generale, si vedano: AA.VV. *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica*, atti del Convegno svoltosi presso l'Università di Roma Tre, il 15-17 novembre 2007, a cura di A. Padua Schioppa, Jovene, Napoli, 2010; G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza*, Giuffrè, Milano, 2008; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 1984, 234 ss.; M. MICELI, *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2008; ONIDA, «*Agire per altri*» o «*agire per mezzo di altri*». *Appunti romanistici sulla «rappresentanza»*, cit.; G. PACCHIONI, *Manuale di diritto romano*, Utet, Torino, 1935, 279 ss.; R. QUADRATO, voce «Rappresentanza (diritto romano)», in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, 417 ss.; S. RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in Diritto Romano*, in *Annali seminario giur., Univ. di Palermo*, vol. XIV, 1930, 389 ss.

¹⁴ Si veda ad es. PACCHIONI, *op. cit.*, 280.

¹⁵ QUADRATO, voce «Rappresentanza (diritto romano)», cit., 417, il quale sottopone però tale luogo comune ad attenta critica.

¹⁶ Il primo brano (*vulgo dicitur ...*) è di Gaio. La massima *alteri stipulari non*

Inutile dire che ogni regola ha le sue eccezioni; le quali vanno anzitutto colte sul terreno della tutela degli incapaci. In effetti, già le XII Tavole avevano riconosciuto al tutore dell'impubere (e al curatore del *furiosus*) il potere di vendere *da solo* i beni pupillari¹⁷. E se anche questo potere fu in seguito limitato, alla chiusura della tutela il pretore concesse ai pupilli di agire direttamente contro il terzo con cui il tutore aveva contrattato, e al terzo direttamente contro il pupillo, con una «traslazione attiva e passiva» degli effetti del negozio stipulato dall'*ex tutor*, quasi che questi – ancora una volta – avesse agito direttamente in nome del pupillo¹⁸.

Non solo. Col passare del tempo e l'espandersi dei mercati, era inevitabile che «le esigenze del commercio nel vasto Impero, e la provvida tutela d'interessi familiari» suggerissero di non rinunciare

potest, invece, è riferita a Ulpiano. Su questi brani e sugli ulteriori luoghi del Digesto in cui il divieto è ribadito si veda MARRONE, *Istituzioni*, cit., 239 e, ivi, spec. note nn. 119-120. In PACCHIONI, *op. loc. ult. cit.*, si cita inoltre questo passo (da c. 6, § 3, Cod. IV, 50): «Se tu compri un fondo a nome di tua moglie, come suo rappresentante, [...], tu non acquisti in base a tale contratto azione alcuna, né per te, né per lei; non l'acquisti per te, perché per te non vuoi acquistarla; non l'acquisti per lei, perché per lei non puoi acquistarla». Inutile dire che non è possibile compendiare in poche righe l'evoluzione più che millenaria del diritto romano, né tracciare facili corrispondenze tra categorie giuridiche lontanissime. L'impossibilità di un confronto «fra sostrati non omogenei» (come ha scritto E. ZANELLI, *Rappresentanza e gestione*, in *Studi urbinati*, anno XXXIV, Giuffrè, Milano, 1965-66, 242) fa sì che ogni tentativo di assimilazione tra la rappresentanza moderna e quel passato remoto cammini perpetuamente in bilico sull'orlo dei malintesi. Ma la questione in sé non può dirsi «oziosa» (così, invece, ZANELLI, *op. cit.*, 237, in nota n. 4); e lo dimostrano i numerosi studi che, anche in tempi recenti, non hanno mancato di porre il problema della rappresentanza degli antichi in termini meno secchi e più problematici (QUADRATO, *voce cit.*, 418).

¹⁷Ma tale potere – ricorda ad es. MARRONE, *op. cit.*, 242 e 351 – fu limitato da Settimo Severo e da costituzioni imperiali successive.

¹⁸Tale «traslazione» degli effetti del negozio in capo al pupillo – continua SAGGESE, *op. cit.*, 5 – «avviò senz'altro la rappresentanza [...] sulla via della concezione moderna». Su queste azioni utili v. altresì PACCHIONI, *Manuale*, cit., 210 e 282. Poiché qualcosa di simile può ripetersi per i curatori nominati ai furiosi e ai prodighi, non sorprende che si sia sostenuto – come già si diceva nel § 1.2 – che se l'istituto della moderna rappresentanza ha un addentellato nel diritto più antico, esso si trova nella tutela e nella cura romane: così ONIDA, *op. cit.*, 8. In generale, sulle competenze e le attribuzioni del tutore *impuberum*, e sulle «brecce» progressivamente aperte al regime imperniato sulla rappresentanza indiretta, a favore di effetti destinati a ripercuotersi direttamente nella sfera giuridica del pupillo, si rinvia a P. ZANNINI, voce «Tutela (diritto romano)», in *Enc. dir.*, vol. XLV, Giuffrè, Milano, 1992, 308 ss.

ai vantaggi dell'appropriazione dell'attività giuridica dei terzi, e consigliassero quindi gli espedienti per smarcarsi qua e là dal divieto dell'*alteri stipulari*¹⁹. Ad esempio, attraverso la costituzione di peculi, che restavano di proprietà del *dominus*, ma con i quali i suoi sottoposti potevano trafficare coi terzi²⁰. E soprattutto attraverso la concessione pretoria delle cd. azioni adietizie (l'*actio quod iussu*, l'*institoria*, e le altre), in forza delle quali il padrone (o il padre), che avesse affidato a un proprio servo (o figlio) la gestione di un affare, poteva essere convenuto dai creditori per il pagamento²¹ (si tornerà sul punto nel § 3.2).

Al di là degli strumenti del diritto, c'era poi la *routine* della vita quotidiana. Essa, va da sé, ha lasciato tracce assai più labili di quelle impresse nel Digesto. Ma qualche illazione è possibile. Occorre in effetti considerare che le azioni adietizie appena citate non si intenderebbero se non si partisse dal principio antico per cui il padre poteva sì acquistare diritti tramite i suoi sottoposti, ma non essere da questi obbligato²²; e se al contempo non si considerasse as-

¹⁹ Cfr. RICCOBONO, *Lineamenti*, cit., 403 (da cui è tratto il virgolettato citato nel testo), 393 e *passim*. Secondo l'autore, dopo le guerre puniche, la fine della vecchia economia patriarcale e l'esplosione delle attività bancarie e commerciali resero «inevitabile» l'attuazione della rappresentanza attraverso vari accorgimenti, per una schematica enumerazione dei quali cfr., *ibid.*, 394 ss.

²⁰ Sui peculi cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce «Patria potestà (diritto romano)», in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, 246, MARRONE, *Istituzioni*, cit., 262 nonché D. DALLA, *Gli acquisti dei soggetti a potestà secondo gli schemi delle Institutiones*, in *Agire per altri*, cit., 259.

²¹ È bene rimarcare che con tali azioni (*quod iussu*, *institoria*, *exercitoria*, *de peculio et de in rem verso*) la responsabilità del *dominus* veniva semplicemente aggiunta a quella naturale del servo (o figlio): così MARRONE, *op. cit.*, 264. Sulle *actiones adiecticiae qualitatis* v. altresì FINAZZI, *op. cit.*, 45 e, diffusamente, MICELI, *op. cit.*, 31 ss. Anche così, rileva però SAGGESE, *La rappresentanza*, cit., 7, le *actiones adiecticiae* rappresentarono senz'altro una «breccia di non lieve importanza» che preparò il terreno alla formazione del concetto di rappresentanza.

²² Si vedano P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1957, 176 e PACCHIONI, *Manuale*, cit., 178, che così spiegava il principio: «Questo principio, per cui il padre di famiglia acquistava bensì per mezzo del figlio, ma non poteva restare obbligato in base ai negozi giuridici da questi compiuti, non era contraddittorio come potrebbe sembrare a prima vista. Sarebbe stato inutile l'aver sancito, nell'interesse della *familia*, che tutto ciò che il figlio acquista si acquista al padre, se poi si fosse ammesso che il figlio potesse illimitatamente ob-

sai implausibile, fino all'intervento del pretore, una sistematica dissociazione del *pater* dai debiti dei suoi sottoposti. Al di là dei gruzoletti dati loro in forma di *peculii*, la spinta a onorare simili debiti doveva pur essere avvertita in termini sociali, se in una commedia di Plauto è al genitore, appena giunto da un viaggio, che viene subito indirizzato l'usuraio che ha prestato denaro al figlio scapestrato: «ecco suo padre, è arrivato dall'estero da poco. Ti pagherà lui interessi e capitale»²³. Ma l'adempimento è appunto incerto: «Se mi darà qualcosa – commenta l'usuraio – non dirò di no ...».

Nonostante queste suggestioni e le eccezioni di cui si è detto, rimane però il punto da cui siamo partiti: i romani non edificarono mai un concetto di rappresentanza (diretta) come quella che noi conosciamo. E allora può essere istruttivo domandarsi perché. Delle diverse spiegazioni che nel tempo si sono affacciate, molte appaiono poco convincenti. Secondo alcuni, ad esempio, la rappresentanza mal si sarebbe conciliata col formalismo magico dei negozi solenni. Per altri, essa avrebbe urtato il particolare senso della libertà dei romani, renitenti a non gestire da sé i propri affari.

Eppure, di formalismo erano intrisi solo i negozi arcaici; e se davvero i romani avessero disdegnato l'impiego di terzi nei loro affari, non si spiegherebbe la *nonchalance* con cui facevano invece ricorso al *nuncius*. Né si può sostenere che agli antichi sarebbe mancata l'inventiva necessaria per concepire la rappresentanza. Indubbiamente, il loro senso pratico li rendeva poco inclini alle sofistiche inutili²⁴. Ma se fosse stato necessario... E allora? E allora la risposta è proprio qui: nell'inessenzialità dell'istituto, almeno per come noi lo conosciamo.

bligare il padre, intaccando così il patrimonio familiare. Ciò avrebbe equivalso a togliere con una mano ciò che era stato dato con l'altra».

²³ PLAUTO, *Mostellaria*, atto II. La commedia è ambientata ad Atene: ma la società che è messa in scena (e alla berlina) è quella di Roma. Le commedie plautine sono, per il vivo realismo con cui la quotidianità vi è rappresentata, una miniera di spunti, anche per i giuristi che hanno indagato i temi della rappresentanza in diritto romano. Si vedano ad es. QUADRATO, *voce cit.*, 419, e ivi nota n. 31, che cita il *Curculio* a proposito di un incarico di acquisto, che viene ora descritto come *mandatum*, ora come *iussum*. V. altresì COPPOLA BISAZZA, *op. cit.*, 93, che cita la commedia del *Mercator* a proposito dell'*emptio* di una schiava, acquistata dal suo stesso innamorato.

²⁴ V. ad es. MICELI, *op. cit.*, 395.

La rappresentanza non fu infatti concepita perché, per lunghissimo tempo, non se ne sentì il bisogno; e non se ne sentì il bisogno *essenzialmente per ragioni legate alle regole interne della famiglia*. La condizione di soggezione dei figli (e dei servi) nei riguardi del *paterfamilias* e la «particolare compenetrazione»²⁵ tra la sfera giuridica di costui e quella dei suoi sottoposti, faceva infatti sì che gli acquisti nascenti dai negozi posti in essere dai figli (e dai servi) si comunicassero in modo diretto nella sfera del padre (e padrone). Tale esito si confaceva necessariamente al principio per cui i figli (e i servi) non avevano, di massima, capacità giuridica e ad essi non poteva imputarsi alcun diritto²⁶. Ma in termini pratici, ciò trasformava i sottoposti in perfetti «strumenti di acquisto»²⁷ a favore del *pater*, il quale poteva così trovare «i suoi migliori *rappresentanti di fatto* nei membri della famiglia»²⁸. E tanto bastava.

La “non” rappresentanza dei romani prende dunque, a guardarla a tutto tondo, una fisionomia assolutamente particolare, che resiste ad ogni tentazione semplificante. Più che negare in radice l’idea di rappresentanza, essa ne mostra una versione più primitiva, incentrata nella figura totalizzante del padre-padrone, quasi quanto la rappresentanza organica accentra nell’ente l’agire dei suoi funzionari²⁹. Una rappresentanza *ante litteram* destinata però a evolvere

²⁵ FINAZZI, *L’agire per altri nei rapporti obbligatori*, in *Agire per altri*, cit., 32 e 45, ove si legge: «In merito ai fattori che rendevano poco avvertita l’esigenza di ammettere che l’agire per altri producesse effetti direttamente in capo al *dominus negotii*, innanzitutto, va evidenziato che la organizzazione familiare quiritaria comportava l’acquisto, da parte del *paterfamilias*, di tutti i diritti, anche relativi, sorgenti dai negozi conclusi dai suoi *servi* e dai suoi *filiifamilias*». Si tratta di un aspetto unanimemente sottolineato dagli interpreti, che dispensa dalla necessità di ulteriori citazioni.

²⁶ MARRONE, *op. cit.*, 237.

²⁷ V. ad es. QUADRATO, *voce cit.*, 420.

²⁸ Così BONFANTE, *op. cit.*, 79. Il corsivo è una mia aggiunta. Anche questo principio, beninteso, ha lasciato ampie tracce nelle fonti, a partire dal famoso § 86 delle Istituzioni di Gaio (*adquiritur nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos quos in potestate ... habemus*: acquistiamo non solo tramite noi stessi, ma anche attraverso coloro che abbiamo in potestà). Sul § 86 delle Istituzioni di Gaio, cfr., in particolare, COPPOLA BISAZZA, *op. cit.*, 90 e DALLA, *Gli acquisti dei soggetti a potestà secondo gli schemi delle Institutiones*, cit., 256 ss.

²⁹ L’imputazione degli acquisti al *pater*, come detto, si fondava su una sorta di «immedesimazione» e, anzi, su «una sorta di identità tra padre e figlio»: cfr.

in quella moderna quando il *dominus* incomincerà ad avvalersi per i propri affari anche di soggetti estranei alla cerchia dei familiari e dei famigli; e che dunque conferma l'intuizione di una sorta di primato della comunità familiare nello sviluppo embrionale dei meccanismi rappresentativi³⁰. I quali, dentro la famiglia, parrebbero però aver seguito una propria traiettoria evolutiva, senza estinguersi nelle classiche forme della rappresentanza legale e volontaria dell'art. 1387 c.c.

Anche oggi, in effetti, esistono plurime forme, se non di "immedesimazione", certamente di "interferenza" tra le sfere giuridiche dei congiunti più prossimi, che non sembrano riducibili a quel "sistema binario". Perfino la legge in molti casi prende atto del fenomeno e lo asseconda, come avremo modo di constatare nel prosieguo di questo lavoro. Oggi, però, la famiglia non è più quell'impasto di autoritarismo e di tradizione che era la famiglia del passato. Oggi non c'è più un capo, né un padrone, per fortuna. Se l'architettura della famiglia cambia e le "interferenze" restano, ciò significa che esse riposano su un'assiologia perpetuamente attuale, perché si fonda su esigenze e valori (la solidarietà all'interno del gruppo, la necessità di soddisfare i bisogni materiali e morali di chi lo compone) che conservano la loro ragione di esistere declinandosi nelle forme che la modernità consente.

1.4. *La rappresentanza moderna e le sue fonti: l'art. 1387 c.c.*

Mettiamo ora da parte la famiglia dei quiriti e chiediamoci quando si fissi il binomio di fonti del potere rappresentativo che oggi

QUADRATO, voce *cit.*, 420-421 e ivi ulteriori riferimenti, specialmente in nota n. 46 e 47. Non stupisce, allora, che tale idea di immedesimazione abbia suggerito a più di un autore accostamenti alla rappresentanza organica degli enti: lo ricorda, tra gli altri, FINAZZI, *op. cit.*, 33 e ivi ulteriori riferimenti a Kaser in nota n. 24. Quali "organismi di acquisto", *filii* e *servi* agivano per il *pater* secondo schemi accostabili a quelli, moderni, della rappresentanza organica: così anche MARRONE, *op. cit.* 237.

³⁰ Anche la rappresentanza degli incapaci – va da sé – rispondeva a esigenze familiari: in particolare quella di preservare il patrimonio agnaticio. Già prevista dalle XII tavole, la tutela cd. "legittima" spettava non per nulla all'agnato prossimo dell'incapace (fratello maggiore, zio paterno e così via). Ad essa si procedeva in mancanza di un tutore nominato dal *pater* nel testamento (cd. tutela "testamentaria"). Ai parenti prossimi, a partire da un certo momento fu inoltre permesso di chiedere al pretore l'apertura di una tutela, che fu detta allora "dativa": cfr. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 348.

campeggia nell'art. 1387 c.c. e l'idea moderna di rappresentanza che vi è sottesa. Una rappresentanza *diretta*, in cui gli effetti dell'atto posto in essere dal rappresentante si producono immediatamente ed esclusivamente nella sfera del rappresentato.

Il percorso evolutivo di tale idea si presenta tutto sommato lineare per quanto concerne la rappresentanza legale degli incapaci. Lì, semplificando molto, si assiste infatti al progressivo passaggio da meccanismi rappresentativi indiretti, prevalenti nella tutela romana (in base ai quali il tutore acquistava per sé e doveva poi ritrasferire il diritto alla cessazione dell'ufficio)³¹, ad una vera rappresentanza diretta, anticipata dalle eccezioni di cui si è detto nel paragrafo precedente e dalla elaborazione del diritto intermedio³².

Altre, invece, sono le vie che conducono alla rappresentanza negoziale. Esse passano per i mercati del tardo medioevo³³, lasciano numerose tracce negli Statuti comunali³⁴, fino a pervenire là dove le azioni adiettizie non si erano spinte. Queste, come dice il loro

³¹ MARRONE, *Istituzioni*, cit., 351.

³² In particolare, negli Statuti comunali del medioevo i poteri del tutore vengono circondati da limiti e cautele: la sua nomina, di norma, deve essere ratificata dal podestà o da giudici da lui delegati (*confirmatio tutoris*) e non di rado sul suo operato vigila un consiglio di famiglia. Al tutore, nondimeno, si accordano significativi poteri nell'amministrazione del patrimonio del pupillo, inclusa la possibilità di venderne i beni mobili per impiegare il ricavato in investimenti redditizi. Spesso, inoltre, riprendendo e rielaborando schemi del diritto romano, gli Statuti distinguono fra minorenni prossimi alla pubertà (di norma tra i 7 e i 14 anni) e quelli *infantiae proximi*, con meno di 7 anni. Questi ultimi, privi di qualsiasi capacità, erano sostituiti direttamente dal tutore; il quale, per i pupilli *pubertati proximi*, si limitava invece a integrare la validità del negozio compiuto dal pupillo e la perfezionava (*interpositio auctoritatis*). Per tali notizie: A. ALBERTI, *Appunti per una storia del diritto privato statutario piemontese*, Giappichelli, Torino, 1934, 85 ss. (in partic. a p. 92 s.) nonché M. ROBERTI, *Ricerche intorno alla tutela dei minori*, vol. II, *La tutela dei minorenni nel diritto statutario*, Padova, Tip. del Seminario, 1905, 46 ss.

³³ Così V. DE LORENZI, *La rappresentanza. Artt. 1387-1400*, nel *Codice civ. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2012, 3, nonché P. GALLO, *Trattato del contratto*, vol. 2, *Il contenuto. Gli effetti*, Utet, Torino, 2010, 1408 secondo cui le prime applicazioni di schemi rappresentativi si registrerebbero a partire dal XII e XIII secolo.

³⁴ Si vedano quelli citati da SAGGESE, *op. cit.*, 16, nota 1, come ad esempio questa norma degli Statuti di Lucca del 1539, di sorprendente modernità: «Se alcuno in altrui nome harà contrattato over stipulato, possi colui in cui nomi fu fatta la stipulazione aver atto come se esso contratto avesse».

nome, si erano limitate ad aggiungere il preponente quale coobbligato insieme al preposto³⁵. Ma non avevano cancellato quest'ultimo dalla cerchia dei destinatari degli effetti del negozio da lui compiuto.

È dunque necessario un balzo concettuale non da poco per immaginare la volontà del rappresentato incarnata dal rappresentante, e la persona del rappresentante dissolversi giuridicamente una volta concluso il negozio in nome altrui. Per compiere un simile salto serviranno secoli: servirà tutto il lavoro degli interpreti del diritto comune chiamati ad adattare le vecchie fonti romane alle nuove esigenze sociali³⁶; servirà la *persona ficta vel repraesentata* di papa Innocenzo IV³⁷; e soprattutto servirà l'apporto della dottrina giusnaturalistica.

Nelle sue opere, infatti, la rappresentanza inizia a descriversi per mezzo del mandato³⁸ e si basa «sulla costruzione dogmatica dell'autonomia della volontà e, quindi, sulla netta collocazione in secondo piano [...] dell'importanza dei legami sociali gerarchici per l'ingresso degli effetti giuridici direttamente nella sfera giuridica spettante alla persona del rappresentato»³⁹. La volontà, insomma, si slega dai rapporti pregressi tra gestore e gestito e si lega al mandato, il cui «lato interno» inizia poi a distinguersi dal «lato esterno», relativo ai rapporti col terzo contraente. Fino a che la pandettistica non verrà a «staccare» – come è stato ben scritto – quel lato esterno per farne qualcosa di astratto e di nuovo: la procura⁴⁰.

³⁵ SAGGESE, *op. cit.*, 7.

³⁶ Su cui ancora SAGGESE, *op. cit.*, 8 ss. nonché, più ampiamente, G.P. MASSETTO, *La rappresentanza negoziale nel diritto comune classico*, in *Agire per altri*, cit., 393 ss. e P. CAPPELLINI, voce «Rappresentanza (diritto intermedio)», in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, 1987, 435 ss.

³⁷ Al secolo Sinibaldo de' Fieschi, sulla cui importanza ai fini del sorgere del *genus* istituzionale «rappresentanza/sostituzione» v. ONIDA, *«Agire per altri»*, cit., 20.

³⁸ Secondo la felice espressione di CAPPELLINI, *voce cit.*, 454, tratta a sua volta da Gareis.

³⁹ Ancora CAPPELLINI, *voce cit.*, 451. Sul pensiero di Grozio e sulle influenze del giusnaturalismo in tema di rappresentanza: DE LORENZI, *Rappresentanza diretta volontaria*, cit., 5 s.

⁴⁰ Così, con mirabile sintesi, M. GRAZIADEI e R. SACCO, voce «Sostituzione e rappresentanza», in *Digesto IV ed., disc. priv., sez. civ.*, vol. XVIII, Utet, Torino, 1998, 618.

È inutile dire che un percorso tanto lungo fu assai più discontinuo di come appare da queste righe. Varie forme di responsabilità collettiva familiare fanno ad esempio capolino lungo il tragitto, nel diritto comune, anche in materia contrattuale, per reminiscenze romanistiche e influenze barbariche, insieme al principio che chiama il *dominus* a rispondere per i propri dipendenti⁴¹. Ma tali forme di corresponsabilità tenderanno, in prospettiva, a inabissarsi o a rifluire nell'illecito, perdendo quel nesso con la rappresentanza, che si ritrova invece nell'*agency* inglese⁴². Mentre nella materia negoziale la stipulazione «*nomine et vice alterius*»⁴³ si legherà in modo simbiotico al mandato, seguendo – come si è appena detto – le riflessioni dei giusnaturalisti e i codici ad esse ispirati.

Il *code* francese, in particolare, col suo «*mandat ou procuration*» con cui si dà al mandatario «*le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom*» (art. 1984) segna il punto massimo di tale convergenza⁴⁴. Il codice Pisanelli lo segue, ma con prudenza. Anch'esso è privo di una disciplina della rappresentanza distinta dal mandato, ma la nozione di quest'ultimo non è passivamente tradotta dal francese. Nell'art. 1737 c.c. 1865, infatti, l'agire *in nome* sparisce dagli elementi essenziali del contratto, che si attesta così sull'obbligo di «compiere un affare per conto di un'altra persona» da cui si è ricevuto un incarico.

⁴¹ Per quanto concerne la legislazione statutaria, su queste varie forme di corresponsabilità debitoria di persone legate da vincoli di parentela, dipendenza e vicinato: ALBERTI, *Appunti per una storia*, cit., 152 ss.

⁴² In *common law*, infatti, la responsabilità dei dipendenti è tuttora riassorbita nell'ambito dell'*agency*: cfr. ZANELLI, *Rappresentanza e gestione*, cit. 270, il quale fa nondimeno rilevare come il confine tra rappresentanza e responsabilità sia sottile anche da noi se solo si pensa all'applicabilità dell'art. 2049 c.c. all'illecito per *culpa in contrahendo* del dipendente, ossia per un'attività rappresentativa esercitata senza potere. Sul «troncone in *tort*» dell'*agency* inglese: M. GRAZIADEI, *La rappresentanza nel diritto inglese*, in *Rappresentanza e gestione*, a cura di G. Visintini, Cedam, Padova, 1992, 60. Per il diritto americano v. P. GARGIULO, *Agency e responsabilità civile*, ivi, 129 ss.

⁴³ Così già gli Statuti di Casale del sec. XIV, su cui SAGGESE, *op. cit.*, 16, nota 1.

⁴⁴ Sulla assenza, nel *code Napoleon*, di una disciplina generale sulla rappresentanza *conventionnelle* o *contractuelle*, di fatto coincidente con la disciplina del mandato: P. PETRELLI, *La rappresentanza nel diritto francese*, in *Rappresentanza e gestione*, a cura di G. Visintini, Cedam, Padova, 1992, 107 ss.

Tuttavia – si sa – il silenzio della legge è ambivalente. E mentre alcuni plaudono alla «purgazione» di un elemento inessenziale⁴⁵, altri, probabilmente i più, continuano a ritenere fisiologica, nel mandato, la *rappresentazione* del mandante⁴⁶. Inizia così il tormentato *ménage* tra i due istituti, che dura per tutta la vigenza del codice abrogato, e che impedisce al mandato di acquisire «i suoi contorni precisi nel delicato idealismo che lo circonda»⁴⁷, e alla rappresentanza di emanciparsi da un rapporto che coi decenni le va ormai sempre più stretto e crea solo «confusione»⁴⁸, tanto più al cospetto delle soluzioni straniere in ascesa.

Un'idea nuova si era infatti affacciata dal codice tedesco, nutrito dai concetti che la pandettistica era andata affinando dalla seconda metà dell'Ottocento: quella già ricordata, sofisticata e semplice, di una procura perfettamente scissa dal rapporto sottostante⁴⁹. Per concepirla, Laband aveva preso spunto dalla disciplina del *Pro-*

⁴⁵ Così L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, vol. IV, parte 1, Utet, Torino, 1878, 1034, il quale reputava un errore la definizione del codice francese: «Non può essere del carattere essenziale del mandato l'operare in nome del mandante, consistendo l'essenziale nell'esecuzione dello stesso mandato. [...] Quanti si eseguono mandati ignorandosi dal terzo che il suo contraente operi in tale qualità!».

⁴⁶ «Il mandatario, infatti, entro i limiti dei poteri conferitigli, rappresenta il mandante [...], quasiché nella persona del mandatario sia la sua personalità giuridica che ha esistenza, agisce»: G.P. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, F.lli Bocca, Torino, 1888, 156 ss. Sulla risalente teoria della rappresentazione, come finzione di identità o come separazione tra causa ed effetto cfr. DE LORENZI, *La rappresentanza*, nel *Commentario Schlesinger*, cit., 78 e, ivi, nota n. 211, nonché 207 e ivi nota 7.

⁴⁷ BORSARI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁸ SAGGESE, *op. cit.*, 18.

⁴⁹ Più teorie, all'inizio, si contendono il campo ma s'imporrà quella della rappresentazione (*Repräsentationstheorie* o *Identitätsfiktion*); e tra i teorici ascrivibili ad essa si distinguerà Laband, a cui è universalmente ascritta la tesi più compiuta di una perfetta separazione tra potere rappresentativo (*Vollmacht*) e mandato. Per una ricostruzione di queste teorie – della cessione (di Mühlenthal), della volontà del rappresentato (di Savigny), e soprattutto della rappresentazione (di Buchka, Windscheid, Laband e altri) – rinvio, per la ricchezza dei riferimenti a V. DE LORENZI, *La rappresentanza nel diritto tedesco. Excursus storico sulla dottrina*, in *Rappresentanza e gestione*, a cura di G. Visintini, cit., 72 ss. nonché *EAD*, voce «Procura», in *Digesto IV, disc. priv., sez. civ.*, vol. XV, Utet, Torino, 1997, 317 ss.

kurist e dei rappresentanti delle società commerciali⁵⁰; e al mondo del commercio e alle sue esigenze di certezza piacerà senz'altro l'idea di una separazione tra mandato e potere rappresentativo (*Vollmacht*) idonea a sorreggere l'inopponibilità ai terzi delle limitazioni alle facoltà del rappresentante derivanti dal rapporto interno di gestione⁵¹.

Ormai scissa dal mandato, però, la rappresentanza non si accontenta più di un'unica fonte, né di limitarsi al solo mondo dei commerci; e il legislatore italiano del 1942 ne è ben consapevole. Essa – si legge infatti nella relazione al codice attuale – «può aderire a rapporti diversi dal mandato: società, locazione di opere, patria potestà, tutela, ecc. Per questa più vasta considerazione del fenomeno il nuovo codice ha potuto regolare insieme la rappresentanza legale e quella volontaria»⁵².

Il discorso ci riporta così all'art. 1387 c.c. («il potere di rappresentanza è conferito dalla legge ovvero dall'interessato») e sollecita due quesiti generali: rappresentanza legale e volontaria sono davvero due manifestazioni equiparabili di uno stesso fenomeno?⁵³ E soprattutto: sono davvero le sole possibili?

⁵⁰ Ancora DE LORENZI, *La rappresentanza nel diritto tedesco*, cit., 79.

⁵¹ V. DE LORENZI, *La rappresentanza nel diritto tedesco*, cit., 81: «La *Vollmacht* vale nei confronti dei terzi per il suo tenore formale esteriore apparente nell'interesse della sicurezza dei traffici, a tutela dei terzi, anche dei terzi di mala-fede». Sul principio dell'*Abstraktion der Vollmacht* e dei suoi effetti benefici per la certezza dei rapporti giuridici: B. DE DONNO SFORZA, voce «Rappresentanza in diritto comparato», in *Digesto IV, disc. priv., sez. civ.*, vol. XVI, Utet, Torino, 1997, 289 s. Sulla recezione del modello tedesco nel cod. italiano del 1942: GALLO, *Trattato*, cit., 1409.

⁵² Relazione al codice civile, p. 138, n. 634.

⁵³ Infatti, come rileva di G. VISINTINI, *Della rappresentanza*, in F. GALGANNO, G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da nominare – Art. 1372-1405*, nel *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Soc. Foro it., Roma, Zanichelli, Bologna, 1993, 175, la distinzione tracciata dall'art. 1387 c.c. «postula due presupposti. Da un lato l'idea che la figura della rappresentanza sia unitaria, abbia cioè un connotato comune, e d'altro lato che le fonti della rappresentanza siano soltanto due: la legge e un atto di autonomia del rappresentato». Ma è davvero così?

1.5. *Critiche alla pretesa esaustività del sistema binario delle fonti*

Occorre premettere che il primo quesito ha, ai fini di questo studio, un'importanza marginale. In effetti, che l'accostamento tra rappresentanza legale e negoziale risponda a ragioni di sostanza o sia solo verbale – come sostenuto da diversi autori⁵⁴ – non è di per sé risolutivo per stabilire se altri meccanismi rappresentativi siano possibili in ambito familiare anche se non scaturiscono da quelle fonti. Le quali, ad ogni modo, oggi parrebbero muoversi secondo schemi operativi che hanno significativamente accorciato le distanze che le separavano.

Così, se un tempo si poteva rimarcare il fatto che nella rappresentanza volontaria i poteri del rappresentante restano sempre nella disponibilità del rappresentato, mentre in quella legale la volontà di costui non ha alcun peso – né per decidere l'attivazione dell'istituto, né per definire i poteri del rappresentante, trattandosi di poteri predeterminati dalla legge ed esercitati in piena indipendenza rispetto alla volontà dell'interessato⁵⁵ – adesso le cose sembrano andare ben diversamente; e lo si constata soprattutto sul fronte della rappresentanza degli incapaci⁵⁶.

Che i poteri del rappresentante legale, specie in materia di misure protettive, non siano più fissati *ex lege* secondo schemi indefor-

⁵⁴ Cfr., in particolare, MESSINEO, *Il contratto*, cit., 265, che enumerava in sei punti le principali differenze tra le due forme di rappresentanza e si dichiarava sostanzialmente contrario alla possibilità di considerare rappresentanza volontaria e legale come due specie di un unico genere: *ibid.*, 264. Le differenze che gli autori abitualmente sottolineano per marcare il divario tra le due rappresentanze sono le seguenti: la rappresentanza legale si lega a fattispecie tipiche, laddove quella volontaria può dipendere dalle più svariate esigenze dell'interessato (BRUSCUGLIA, *Rappresentanza legale*, cit., 146 s.); la scelta del rappresentante volontario è libera, mentre quella del rappresentante legale è spesso determinata *per relationem* (MESSINEO, *ibid.*, 265); la procura è un affare totalmente privato, mentre la rappresentanza legale ha di mira interessi anche pubblici e superiori, ed è la superiorità di tali interessi che giustifica l'invasione della sfera altrui (così F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1957, 253).

⁵⁵ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *ibid.*

⁵⁶ Come fa notare, giustamente, S. DELLE MONACHE, *Della rappresentanza, in Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta, A. Orestano, nel *Commentario Cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Utet, Torino, 2012, vol. III, 8, in nota 9.

mabili è del tutto evidente se solo si considera la disciplina dell'amministrazione di sostegno (art. 405 c.c.) e, sia pure in tono minore, quella della tutela, nella misura in cui il giudice può adattarne il regime alle specificità del caso concreto (art. 427, comma 1, c.c.). Soprattutto, è la pretesa irrilevanza della volontà dell'interessato a non essere più attuale dinanzi all'insistenza con cui il legislatore odierno si richiama alla necessità che l'incapace – anche laddove sia tecnicamente rappresentato e non solo affiancato – venga coinvolto nelle scelte prese da altri per lui. Esigenza che è particolarmente avvertita quando la decisione tocchi la salute o altre questioni legate ai diritti della personalità (come nell'art. 3 della legge n. 219/2017 in tema di consenso informato ai trattamenti sanitari).

Ha insomma senso, a mio avviso, più oggi ancora che in passato, accostare rappresentanza legale e volontaria, tanto più se si aggiunge che entrambe realizzano un meccanismo di immediata sostituzione nell'attività giuridica altrui⁵⁷; entrambe sono rivolte a soddisfare l'interesse del rappresentato⁵⁸; entrambe esigono la *contemplatio domini*⁵⁹; ed entrambe fondano la legittimazione del rappresentante su un *dovere*, anche se diversamente qualificabile nei diversi contesti⁶⁰.

Il punto vero – come si diceva – è però un altro, e ci porta al secondo quesito: ammesso che rappresentanza legale e volontaria siano due rami di un'unica pianta, quante altre diramazioni si dipartono da quel tronco? E di quale albero stiamo parlando? Fuor di metafora, si tratta di stabilire se l'*aut aut* secco dell'art. 1387 esaurisca davvero le fonti che consentono l'ingerenza diretta di un terzo

⁵⁷ BRUSCUGLIA, *La rappresentanza legale*, cit. 148 s.; VISINTINI, *Della rappresentanza*, cit., 175.

⁵⁸ Sull'interesse del rappresentato come tratto comune a rappresentanza legale e volontaria: VISINTINI, *op. cit.*, 182.

⁵⁹ MESSINEO, *op. cit.* 266, *sub* lett. H. Sulla necessaria spendita del nome come dato comune alle due specie di rappresentanza v., analogamente, VISINTINI, *op. ult. cit.*, 182, G. STELLA, *La rappresentanza*, nel *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, vol. I, *Formazione*, a cura di C. Granelli, Giuffrè, Milano, 2006, 727 (anche se, precisa l'autore, i presupposti integrativi della spendita del nome sono diversi nei due casi).

⁶⁰ NATOLI, voce «Rappresentanza (dir. civ.)», cit., 474. E più diffusamente, *ID.*, *La rappresentanza*, cit., 43: «nessuno è legittimato a spendere il nome altrui, se non in base a un rapporto di gestione e, perciò stesso, in adempimento di una determinata obbligazione».

nella sfera giuridica altrui, e se la rappresentanza stessa sia dunque riconducibile, come specie, ad un genere più ampio.

L'esatta natura e consistenza di questo "genere" è stata raramente studiata; ma la sua esistenza è implicita nella nozione stessa di "rappresentanza", autorevolmente definita quale "gestione *qualificata*"⁶¹; qualificata appunto dal fatto che l'affare non è soltanto compiuto per il gestito, ma è anche direttamente efficace nei suoi riguardi attraverso una spendita del nome che può avvenire – per opinione unanime – senza ricorrere a formule solenni, potendosi anzi desumere da tutte le circostanze del caso concreto.

Avremo modo di vedere come la spendita del nome per fatti concludenti (fino alla fattispecie "limite" dell'apparenza di rappresentanza) sia stata spesso invocata in materia familiare. Adesso importa attirare l'attenzione su un dato che emerge dalla definizione appena riportata: essa ci dice che la rappresentanza non esaurisce i casi in cui l'ordinamento ammette ingerenze dirette nella sfera altrui. Esiste, al di sopra o al di sotto di essa, una categoria più ampia, di solito evocata col termine "gestione"⁶² o con la perifrasi "agire per altri"⁶³, in cui ricadrebbero, accanto alla vera rappresentanza, la gestione di affari altrui in senso proprio (artt. 2028 ss. c.c.), le ipotesi di cosiddetta "sostituzione" in senso tecnico (di cui l'azione surrogatoria *ex art. 2900 c.c.* sarebbe l'esempio più chiaro)⁶⁴, oltre ad un grigio mare di ipotesi nelle quali l'agire di un soggetto produce effetti nella sfera altrui, ma la fattispecie non è facilmente (o abitualmente) ricondotta agli schemi della rappresentanza.

⁶¹ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 247.

⁶² Cfr., ad es., NATOLI, *voce cit.*, 463, che definisce la rappresentanza come la «più rilevante ipotesi di gestione di affari altrui». Oppure si vedano GRAZIADEI e SACCO, voce «Sostituzione e rappresentanza», cit., 623, che si richiamano a «tutti gli atti di gestione con ricaduta su una sfera altrui» e giustamente rilevano che «le ipotesi di sostituzione regolate dalla legge accreditano l'idea secondo cui la rappresentanza non è l'unico meccanismo in forza del quale un soggetto agisce producendo effetti di retti in capo ad un altro soggetto».

⁶³ Cfr. A. LUMINOSO, *Rappresentanza e mandato a confronto*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 741 s.

⁶⁴ Sulla sostituzione: GRAZIADEI, SACCO, *voce cit.*, 625 ss. M. SANTILLI, *Sulla cd. sostituzione in senso tecnico*, in appendice a NATOLI, *La rappresentanza*, cit., 157 ss.

Limitiamoci a tre esempi. Si pensi, per primo, alla vendita di cosa altrui, una volta che il venditore abbia comperato il bene dal terzo, facendo immediatamente acquistare il diritto al primo acquirente (art.1478, comma 2, c.c.)⁶⁵. Oppure si pensi alla citata gestione di affari altrui, che genera obblighi in capo al gestito anche quando il suo nome non sia stato speso, perché anche in tal caso egli dovrà tenere indenne il gestore (art. 2031 comma 1 c.c., seconda ipotesi)⁶⁶. Oppure ancora – per fare un esempio più utile ai nostri fini – si pensi al bene acquistato dal singolo coniuge o unito civilmente in regime di comunione; bene che all’istante diviene di entrambi, comunicandosi quindi alla parte estranea all’acquisto, in base all’art. 177, lett. a), c.c.⁶⁷. Qual è la fonte della legittimazione che giustifica questi effetti immediati nel patrimonio altrui? La legge, incarnata dai tre articoli citati? Oppure la volontà manifestata al momento della vendita e il principio consensualistico ad essa connesso? O il fatto di essersi ingeriti negli affari di un altro? Oppure lo *status* coniugale unito alla scelta di non adottare un regime diverso da quello legale? O, ancora, una combinazione di questi elementi?

L’impossibilità di ricondurre questo eterogeneo catalogo di casi alla rigida alternativa legge/volontà si fa insomma palpabile. E perfino lì dove il terreno appare quello della rappresentanza vera e propria, quasi nessun autore sembra disposto a concedere che le fonti del potere rappresentativo siano solo le due indicate dall’art. 1387⁶⁸. Il quale viene perciò bollato come «non esauriente»⁶⁹, «non appa-

⁶⁵ È l’esempio di GRAZIADEI, SACCO, voce cit., 617.

⁶⁶ Sugli effetti che la gestione provoca *ipso facto* a carico del gestore ed *ex post* a carico del *dominus* se si dimostra che è stata utilmente iniziata: NATOLI, *La rappresentanza*, cit., 74 s.

⁶⁷ In generale, per un ampio studio dei rapporti di carattere rappresentativo intercorrenti tra coniugi in comunione dei beni, si veda R. FADDA, *I poteri rappresentativi dei coniugi in regime di comunione legale*, E.S.I., Napoli, 2019.

⁶⁸ Pochi, in dottrina, sono disposti ad ammetterlo, e non senza riserve: cfr. ad es. DE LORENZI, *La rappresentanza*, nel *Commentario Schlesinger*, cit., 152, secondo cui si può in linea di massima aderire a quanto dice, schematicamente, l’art. 1387 cit. Rileva comunque l’Autrice che, se la rappresentanza (con le sue due fonti) è unitaria, non altrettanto può dirsi per la sua disciplina, giacché «la pretesa del codice civile di aver fornito [con gli articoli 1387 ss.] delle regole unitarie della rappresentanza si rivela infondata» (*ibid.*, 153).

⁶⁹ VISINTINI, *Della rappresentanza*, cit., 177.

gante»⁷⁰: una disposizione – secondo il tagliente giudizio di Pugliatti – «impropria»⁷¹, tanto «ambigua quanto inutile» «che consacra una distinzione di scuola non precisa»⁷².

E le imprecisioni additate in dottrina sono molte. Intanto, se partiamo dalla rappresentanza legale, è solo ai genitori che la legge direttamente assegna la rappresentanza dei figli, mentre per gli incapaci adulti sarebbe più esatto parlare di rappresentanza giudiziale. Ma già per i minori si fa subito notare – da Galgano – come il potere, «più che derivare dalla legge», sia in realtà una prerogativa che inerisce alla «qualità del rappresentante»⁷³. E lo stesso può ripetersi, allora, per il tutore del minore o per i rappresentanti legali degli adulti incapaci. Rispetto ai quali, però, più che al rappresentante sembra doversi guardare alla particolare condizione soggettiva del rappresentato.

Gli stati personali assumono poi un rilievo centrale in molte delle ipotesi «minori»⁷⁴ di rappresentanza sparse senz'ordine nel sistema, sulla cui natura autenticamente rappresentativa non sempre esiste il conforto di un'interpretazione pacifica, benché sia spesso la legge (o la giurisprudenza) a usare espressamente il verbo «rappresentare». Così è per il curatore dello scomparso, nominato affinché «rappresenti» la persona di cui non si hanno più notizie (art. 48 c.c.)⁷⁵, o per il curatore fallimentare⁷⁶, il quale – si dice abitualmente – «rappresenta la massa dei creditori»⁷⁷.

⁷⁰ DELLE MONACHE, *op. cit.*, 5.

⁷¹ PUGLIATTI, *Programma introduttivo di un corso sulla rappresentanza in diritto privato*, in appendice a *Studi sulla rappresentanza*, cit., 513.

⁷² PUGLIATTI, *Sulla rappresentanza indiretta*, in *Studi sulla rappresentanza*, cit., 398. Che le fonti della rappresentanza fossero due, legge e volontà, si legge già nella manualistica istituzionale in uso ai tempi del codice abrogato: v. per tutti L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Vallauri, Milano, 1914, 167.

⁷³ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, a cura di N. Zorzi, Cedam-Wolters Kluwer, Padova, 2015, 485.

⁷⁴ Così le chiama VISINTINI, *op. ult. cit.*, 194.

⁷⁵ Su curatore dello scomparso, dell'eredità giacente, esecutore testamentario e curatore fallimentare cfr., più diffusamente, VISINTINI, *op. ult. cit.*, 194 ss.

⁷⁶ Sul curatore fallimentare come ipotesi di rappresentanza legale del fallito: MESSINEO, *op. cit.*, 263.

⁷⁷ Così Cass. civ., 7 dicembre 2021, n. 28975; di curatore «quale rappresen-

«Rappresentante» è definito pure – nella stessa disciplina fallimentare – quello «degli eredi» dell'imprenditore defunto (di cui agli artt. 12 e 243 r. decr. n. 267/1942); così come «ha la rappresentanza dei partecipanti» l'amministratore del condominio in base alla normativa del codice civile (art. 1131 c.c.)⁷⁸. Il catalogo, peraltro, è in continua espansione: si pensi al «rappresentante comune degli aderenti» di cui all'art. 840-*sexies* lett. g) c.p.c. (introdotto dalla legge n. 31/2019 in materia di azione di classe)⁷⁹ o al curatore speciale del minore con «specifici poteri di rappresentanza sostanziale» di cui al nuovo art. 473-*bis*.8 c.p.c.⁸⁰ (introdotto dal d.lgs. n. 149/2022). Si potrebbe continuare a lungo.

Il quadro non è meno frastagliato sul fronte della rappresentanza volontaria. E non ci si riferisce “soltanto” alla necessità di distinguere il procuratore civile dalle tipiche figure dei rappresentanti commerciali, quali institore e commesso (artt. 2203 ss. c.c.)⁸¹; né alla necessità di discernere tra i vari contratti, diversi dal mandato, su cui potrebbe innestarsi il conferimento dei poteri rappresentativi. Il punto è che tale conferimento, in alcuni casi, sembra proprio non avvenire; ma ciò non impedisce agli effetti dell'atto di trasmigrare direttamente nella sfera del rappresentato.

Arcinoti – a tale riguardo – sono gli artt. 1705 cpv. e 1706 c.c.⁸². Per il primo, rubricato “mandato senza rappresentanza”, il mandante ha il potere di «esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato», sostituendosi al mandatario. Per il secondo, il mandante ha il diritto di «rivendicare le cose mobili acquistate per suo conto» da un mandatario che – di nuovo – «ha agito in no-

tante della massa dei creditori» parla anche Cass. civ., 4 dicembre 2020, n. 27902, entrambe per esteso nelle banche dati *Foro it.*

⁷⁸ Cfr., in relazione alla disciplina originaria di cui agli artt. 1129-1131 c.c. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine*, cit., 257.

⁷⁹ Alcune di tali ipotesi potrebbero ricondursi a quelle che, soprattutto in passato, erano etichettate come casi di “rappresentanza legale di persone capaci”: cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine*, cit., 254 s. e MESSINEO, *op. cit.*, 263, *sub B*) e C).

⁸⁰ Su cui vedi L. LENTI, *Curatore speciale del minore e curatore «all'esito del procedimento»*, in *Jus civile*, 2023, 1 ss.

⁸¹ Su rappresentanza e ausiliari dell'imprenditore: G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. I, *Diritto dell'impresa*, Utet, Torino, 1993, 130 ss.

⁸² Su tali disposizioni v., ad es., PUGLIATTI, *Programma*, cit., 509 nonché GALGANO, *Trattato*, cit., 502.

me proprio». Poiché il mandatario non ha speso o non poteva spendere il nome del mandante, quest'ultimo dovrebbe restare estraneo agli effetti del negozio. Non è così, perché la prerogativa che egli esercita – l'azione di rivendicazione – dà evidentemente per presupposta l'avvenuta traslazione del diritto⁸³.

Di più, rileva ad esempio De Nova⁸⁴: anche in mancanza di qualsivoglia conferimento di poteri, gli stessi effetti della rappresentanza diretta si verificano nei casi di gestione d'affari, quando il gestore abbia speso il nome dell'interessato, giacché costui, se la gestione è utilmente iniziata, dovrà «adempire le obbligazioni che il gestore ha assunte in nome di lui» (art. 2031 comma 1 c.c., prima ipotesi)⁸⁵. E gli effetti di una rappresentanza diretta si potrebbero concretizzare anche laddove, per essere stata revocata o modificata la procura senza informare i terzi in modo adeguato, si vengano a creare le condizioni di inopponibilità (della modifica o della revoca) fissate dall'art. 1396 c.c.: norma su cui la giurisprudenza, com'è noto, ha edificato la più ampia figura dell'apparenza di rappresentanza a tutela dei terzi in buona fede⁸⁶.

In questi casi, qual è la fonte del potere rappresentativo? La legge, ancora una volta incarnata dai due articoli citati? Oppure la volontà privata? Chi pone simili ipotesi tra i casi di rappresentanza *legale*⁸⁷ corre seriamente il rischio di imboccare una via al termine della quale ogni rappresentanza dovrebbe considerarsi tale solo perché regolata da qualche norma⁸⁸. Ma altrettanto insostenibile sarebbe parlare, in questi casi, di rappresentanza volontaria, perché tale volontà andrebbe desunta – in un caso – dalla mancata opposizione

⁸³ Sul tema G. DE NOVA, *La rappresentanza: nozione e disciplina*, in *Rappresentanza e gestione*, a cura di G. Visintini, cit., 14. Come rileva FERRARI, *Gestione di affari e rappresentanza*, cit., 91: «Ciò smentisce decisamente l'asserita irrilevanza esterna della alienità dell'affare che costituisce la base sulla quale la dottrina suole formulare i principi in tema di rappresentanza indiretta».

⁸⁴ DE NOVA, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁵ È la cd. gestione rappresentativa, su cui v., tra gli altri, PUGLIATTI, *Programma*, cit., 513 (in fondo) s.

⁸⁶ Sul tema A. SALOMONI, *La rappresentanza volontaria*, Cedam, Padova, 1997, 243 ss. e ivi ulteriori riferimenti.

⁸⁷ Ad es. MESSINEO, *op. cit.*, 263, lett. C, *sub d*) a proposito della gestione d'affari.

⁸⁸ Tanto più insostenibile appare la natura legale della rappresentanza apparente, che è semplicemente argomentata a partire dall'art. 1396 cit.

del *dominus* e – nell'altro – dalle circostanze che hanno indotto i terzi a confidare in una rappresentanza inesistente, ipostatizzando una volontà apparente diversa da quella effettiva.

Com'è dunque evidente, esistono fattispecie⁸⁹ che solo a prezzo di finzioni possono ricondursi al sistema binario dell'art. 1387 c.c.⁹⁰. Fattispecie nelle quali il potere rappresentativo – più che da una norma *ad hoc* o da una volontà diretta a conferirlo – nasce da circostanze fattuali, stati personali, rapporti pregressi, attivazione spontanea e affidamenti incolpevoli. Ed è l'insieme di tali circostanze a rendere, appunto, necessario ipotizzare l'esistenza di una legittimazione rappresentativa, se non si vogliono frustrare interessi⁹¹ che, di volta in volta, appaiono più meritevoli di tutela di quelli che verrebbero salvaguardati negando l'esistenza di tale legittimazione.

Un'accezione di "necessità" qual è quella che si è tentato di descrivere ha – com'è evidente – ben poco a che spartire col concetto di rappresentanza necessaria spesso usato in dottrina, come contenitore in cui rifluirebbero la rappresentanza degli incapaci e quella degli enti⁹².

⁸⁹ Si pensi ancora a questo caso: pur in presenza di una procura, la rappresentanza può nascere a prescindere da essa quando il rappresentato ecceda dai propri poteri e nondimeno il rappresentante ratifichi il suo operato (art. 1399 c.c.).

⁹⁰ Come rileva esattamente DE NOVA, *La rappresentanza*, cit., 15, il quadro normativo fa emergere casi «in cui la imputazione degli effetti, o forse (più prudentemente) la imputazione *di* effetti a un soggetto diverso da colui che ha contratto» si verifica di fatto «anche quando non ricorra il meccanismo rappresentativo classico di cui all'art. 1388».

⁹¹ Si pensi alla possibilità per l'interessato di curare in modo più spedito i propri affari (artt. 1705-1706 c.c.) o alla tutela dell'affidamento dei terzi (artt. 1396, 2031 c.c.).

⁹² In dottrina è abituale l'uso dell'espressione rappresentanza "*necessaria*" per alludere ad una sorta di rappresentanza che non potrebbe non esserci e cioè ad un più ampio genere di cui sarebbero specie la rappresentanza legale degli incapaci e quella organica degli enti. In questo senso si vedano: GALGANO, *Trattato*, cit., 482, VISINTINI, *Della rappresentanza*, cit., 176 s. A dire il vero, solo la rappresentanza dei minori è autenticamente necessaria nel senso indicato. Quella degli adulti incapaci no se, ad esempio, per le condizioni ambientali e familiari in cui vive, la persona risulti già adeguatamente assistita dalla sua rete di prossimità. Non è forse un caso che la rubrica degli art. 414 e 415, che un tempo indicava le "persone che devono essere interdette" (o che "devono" essere inabilitate), oggi

Il fatto, tuttavia, che la famiglia – oggetto di questo studio – si presenti come un gruppo organizzato stretto intorno a diritti, doveri e bisogni comuni⁹³, non può non sollecitare una riflessione: che «gestione e rappresentanza si rendono» – precisamente – «necessarie dove più soggetti, riunendosi per un godimento o un'attività comune, danno luogo ad una organizzazione». Così parlava Santoro-Passarelli, nelle *Dottrine generali del diritto civile*⁹⁴, avendo in mente le società senza personalità giuridica e la comunione. Ovviamente la famiglia non è un ente che oggi possa ritenersi investito di una missione distinta dalle aspirazioni dei suoi componenti; non è più quella cellula economico-politica che fu in passato; non ha un interesse proprio dinanzi a cui quelli dei singoli debbano cedere⁹⁵.

Ma anche così – come è stato efficacemente scritto – la famiglia resta un «luogo-comunità»⁹⁶ unico nel suo genere, l'appartenenza al quale dà vita ad «un *continuum* esistenziale»⁹⁷ che si riverbera sulle relazioni giuridiche tra i suoi membri. Sarà importante far emergere, nel prosieguo del lavoro, come da questa continuità (e contiguità) nascono forme di cooperazione giuridica tra familiari nell'interesse comune⁹⁸; e dalla cooperazione possano derivare effetti sul-

reciti: “persone che possono essere interdette” (o che “possono” essere inabilitate). Sul tema si veda il cap. IV.

⁹³ Per riadattare e modernizzare la definizione che si legge in G. VISMARA, *Famiglia e successioni nella storia del diritto*, Studium, Roma, 1970, 41.

⁹⁴ A p. 249. Il corsivo nella citazione virgolettata è una mia aggiunta.

⁹⁵ Lo rileva P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, E.S.I., Napoli, 1984, 395: «la famiglia non è persona giuridica, né può essere concepita come un soggetto di autonomi diritti: essa è formazione sociale, luogo-comunità tendente alla formazione ed allo sviluppo delle personalità di coloro che vi partecipano; si che esprime una funzione strumentale per la migliore realizzazione degli interessi, affettivi ed esistenziali, dei suoi componenti. Le “ragioni della famiglia” mancano di autonomia rispetto alle ragioni individuali».

⁹⁶ PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 395. In questo senso – continua l'Autore a p. 396 – «la particolarità della relazione tra persona e famiglia [...] certamente non può essere equiparata a quella più genericamente esistente tra la persona e qualsiasi tipo di gruppo sociale intermedio di cui fa parte».

⁹⁷ *Ibid.*, 395.

⁹⁸ In questo senso mi sembra condivisibile la definizione di “interesse familiare” che si legge in R. PERCHINUNNO, *Le obbligazioni nell'«interesse familiare»*, E.S.I., Napoli, 1982, 147, laddove viene proposta l'idea l'interesse familiare sia

la sfera altrui che in qualche misura ricordano – alla lontana, beninteso, e pur in assenza di un “ente famiglia” – ciò che altrove si chiamerebbe rappresentanza organica⁹⁹.

1.6. *La rappresentanza nel diritto di famiglia: quattro casi esemplari da indagare*

Intanto, però, è bene partire da ciò che risulta cristallino: e cioè che «niente ripugna ... ai rapporti giuridici di famiglia il concetto di rappresentanza»¹⁰⁰. La quale trova infatti nella materia giusfamiliare plurimi modi per manifestarsi attraverso istituti e norme puntuali.

Rappresentanza – lo si è già visto: § 1.1 – è quella delle persone incapaci; e il rappresentante degli incapaci spesso è un familiare (art. 320 c.c. per i minori; art. 408, comma 1, ult. periodo e 424 ult. comma c.c. per i maggiori di età). Sì che la definizione della rappresentanza legale quale «strumento dell'organizzazione domestica familiare»¹⁰¹, formulata negli anni '40 in un articolo divenuto celebre, non sembra aver perso di attualità.

I meccanismi rappresentativi s'insinuano poi, e di frequente, nelle questioni patrimoniali della famiglia¹⁰². Nell'art. 182 cpv. c.c., ad esempio, il coniuge (o l'unito civilmente) che gestisca un'a-

costituito «dalla totalità degli interessi di ciascun individuo che, nel momento in cui si manifestano nella loro qualifica di familiare, diventano interessi di ciascun altro dei membri che compongono quella famiglia».

⁹⁹ In dottrina si dubita della riconducibilità della rappresentanza organica all'alveo della vera e propria rappresentanza, stante la vischiosa compenetrazione tra organo ed ente e l'assenza dello sdoppiamento tra gestore e gestito tipico del fenomeno rappresentativo: cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine*, cit., 250.

¹⁰⁰ B. BRUGI, *Debiti della moglie e responsabilità del marito*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, 449.

¹⁰¹ F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. e giur.*, 1945, 5, riedito poi in *ID*, *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, 381 ss.

¹⁰² Il testo anteriore alla riforma del diritto di famiglia contemplava il caso dell'amministrazione dei beni dotali della moglie (art. 184-185 c.c.), o del patrimonio familiare (art. 173 c.c.) o dei beni della comunione (art. 220 c.c.), con norme che la dottrina era solita inquadrare nell'ambito della rappresentanza: v. per tutti PUGLIATTI, *Programma*, cit., 503 s.

zienda in comune con l'altro può delegarlo a compiere gli atti necessari all'impresa; e non è difficile scorgere in tale "delega" una procura institoria. Peraltro, anche al di fuori dell'impresa, una parte può conferire all'altra una «procura» (scritta) per l'amministrazione della comunione, quando si tratti di compiere atti che richiedano il consenso di entrambi (lo si ricava a rovescio dal 1° comma del medesimo art. 182). E al rilascio di «procure» si rifà apertamente l'art. 217 c.c., in tema di separazione dei beni.

Esempi sporadici, ma non trascurabili, compaiono pure nella disciplina extra-codicistica. In quella del commercio ambulante, ad esempio, il titolare della licenza può «farsi rappresentare nell'esercizio del commercio da un familiare»¹⁰³, che assumerà verso la pubblica amministrazione gli stessi obblighi del titolare della licenza e risponderà solidalmente con lui: lo disponeva l'art. unico della legge n. 489/1959 e la previsione ancora torna nei regolamenti degli enti locali¹⁰⁴. Nella famiglia coltivatrice – prevede invece l'art. 48 della legge n. 203/1982 – i familiari possono agire «in nome e per conto della famiglia» e assumere per essa obbligazioni nello svolgimento del rapporto agrario; ma possono anche eleggere, tra loro, chi avrà il compito di «rappresenta[rla]» nei rapporti col concedente.

Messe insieme, queste norme e le altre che si potrebbero citare¹⁰⁵, sia in tema di minori e incapaci che in materia patrimoniale,

¹⁰³ E solo se tale sostituzione è impossibile il titolare della licenza potrà designare «un'altra persona» (estranea alla famiglia).

¹⁰⁴ L'art. unico della l. n. 489/1959, che sostituiva l'art. 6 della l. n. 327/1934, è da ritenersi implicitamente abrogato con l'abrogazione di quest'ultima. Ma il testo del predetto art. unico rivive, almeno in parte, nella disciplina degli enti locali. Cfr., a titolo d'esempio, l'art. 2 (*obbligo della licenza – facoltà di rappresentanza*) del regolamento comunale per la disciplina del commercio in area pubblica del comune di Spinea, in Veneto (<https://documentale.comune.spinea.ve.it>). Oggi, infatti, l'autorizzazione all'attività di vendita su aree pubbliche in forma itinerante è rilasciata dal comune in base alla normativa regionale (art. 28, comma 4, d.lgs. n. 114/1998).

¹⁰⁵ Non annovero tra queste l'art. 111 c.c., che ammette il matrimonio per procura a beneficio dei militari in tempo di guerra e dei civili residenti all'estero, in presenza di gravi motivi. In effetti, l'opinione tradizionale ascrive la figura di questo particolare procuratore nella categoria dei semplici nunzi, poiché chi fa le veci dello sposo lontano si limita a riportarne la volontà, senza alcun margine di valutazione autonoma. La dottrina recente non ha tuttavia mancato di evidenziare

fotografano nella famiglia il luogo elettivo in cui cercare un supporto per i soggetti fragili; oppure vi colgono un potenziale centro di catalizzazione di rapporti economico-lavorativi. E da tutti questi rapporti si fanno nascere meccanismi rappresentativi a volte chiaramente legali, a volte negoziali, e altre volte a metà strada tra quei due poli ideali.

Però – ecco il punto – le norme citate considerano alcune ipotesi particolari, si applicano in dati contesti e non in altri. Esse possono considerarsi esaustive? No, e non è difficile provarlo. Si prenda – solo per fare un esempio – l’art. 217 cit.: il 1° comma considera l’amministrazione e il godimento dei beni propri, e *nulla quaestio*; il 2° considera l’amministrazione e il godimento di quelli altrui dietro procura con obbligo di rendere conto dei frutti; il 3° comma ipotizza una procura senza obbligo di rendiconto; il 4°, infine, contempla l’amministrazione «nonostante l’opposizione dell’altro». Solo il caso di chi abbia goduto e amministrato i beni altrui senza procure (ma anche senza opposizioni) è omesso: l’evenienza che appare più “fisiologica” manca cioè di una disciplina dedicata.

Il caso non è certo isolato. Si consideri, per portare un esempio più interessante ai fini di questo studio, quello delle obbligazioni assunte unilateralmente nell’interesse della famiglia (per la casa, per le cure dei figli e simili). Tali spese, nella comunione dei beni, fanno scattare la disciplina che addossa il pagamento al coniuge stipulante, alla comunione e, in via sussidiaria, anche al coniuge

come, per alcuni profili, il *procurator ad nuptias* non possa essere appiattito sulla figura del *nuncius*: per approfondimenti si veda A. RENDA, *Celebrazione per procura*, in *Della famiglia*, artt. 74-176, a cura di L. Balestra, nel *Commentario Cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Utet-Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2010, sub art. 111, 187 ss. Come rileva M. GRONDONA, *Il matrimonio per procura*, in *Famiglia e matrimonio*, vol. I, a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, tomo I, *Relazioni familiari – Matrimonio – Famiglia di fatto*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da P. Zatti, Giuffrè Milano 2011, 862, in passato non è mancato chi ha ricondotto il procuratore matrimoniale ad un *tertium genus*, a metà strada tra il nunzio e il rappresentante. Ma tale teoria, rileva Grondona stesso, non era priva di incongruenze. Secondo l’opinione oggi assolutamente dominante – aggiunge ancora l’Autore con una vivida metafora – il procuratore matrimoniale altro non è che «la controfigura dell’attore principale (sposo rappresentato), assente dal set per gravi motivi. Il regista (ufficiale di stato civile) ne è a conoscenza; ma proprio perché, oltre al reciproco consenso dei nubendi, è prevista anche una procedura formale volta ad attestare che una cerimonia matrimoniale si è conclusa, la controfigura non può mancare» (*ibid.*, 859).

non stipulante, nella misura della metà del credito (artt. 186, lett. c, e art. 190 c.c.). Ma nulla di analogo è previsto per i coniugi in separazione dei beni. Eppure, le famiglie che optano per la separazione sono oggi più di quelle che vivono in comunione.

In verità, una norma generale, che prevedeva il potere di ciascun coniuge di assumere obbligazioni «in nome e per conto della famiglia», era stata discussa in occasione della riforma del '75, per poi essere accantonata¹⁰⁶. Ma «sarebbe affrettato concludere che la soppressione della disposizione equivalga a rifiuto del principio»¹⁰⁷. Il caso, semplicemente, non è regolato. Come non è regolato il vasto fenomeno della micro-contrattualità dei minori, giacché l'unica disposizione dettata dal codice, quella sul minore che occulta con raggiare la propria età (art. 1426 c.c.), tocca un'ipotesi statisticamente rara e lascia impregiudicato il cuore del problema: se e quando i minori possano contrarre. E se gli effetti dei loro contratti possano imputarsi ai genitori¹⁰⁸.

Lacune analoghe si riscontrano anche in ambiti lontani dal mondo dei contratti. Ad esempio: quando nel 2016 è stata approvata la legge su unioni civili e convivenze, solo per queste ultime si è introdotta una previsione per consentire al convivente di designare l'altro «quale suo rappresentante» in caso di malattia incapacitante, per le decisioni in materia di salute e, in caso di decesso, per i riti della morte e il trattamento del corpo: art. 1, comma 40, legge n. 76/2016¹⁰⁹. Nulla di analogo è stato previsto, allora, per le unioni

¹⁰⁶ Si trattava dell'art. 26 del progetto unificato, che fu appunto stralciato dal testo definitivo della legge 151/1975. Esso recitava: «Entrambi i coniugi possono contrarre obbligazioni nell'interesse della famiglia. Per gravi motivi il giudice, a richiesta di uno dei coniugi, può privare l'altro del potere di contrarre in nome e per conto della famiglia».

¹⁰⁷ A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 625. V. altresì P.M. VECCHI, *Obbligazioni nell'interesse della famiglia e responsabilità solidale dei coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 644. Sul tema si rinvia al cap. II di questo volume.

¹⁰⁸ Statisticamente poco frequente, oggi, è anche il caso del minore che sottoscrive un contratto di lavoro, esercitando i diritti di cui all'art. 2, comma 2, c.c. Sul tema dei contratti minorili v. R. CATERINA, *Le persone fisiche*, Giappichelli, Torino, 2020, 43 ss. e, più diffusamente, cfr. il cap. III di questo volume.

¹⁰⁹ Su cui v., ad es., P. ZATTI, M. PICCINI, *La faccia nascosta delle norme: dall'equiparazione del convivente una disciplina delle DAT*, in *Nuova giur. civ.*

civili; e meno che nulla per le coppie sposate. Ancora una volta si tratta di questioni che evocano schemi rappresentativi tra persone unite da vincoli familiari. E ancora una volta la disciplina positiva non può dirsi esaustiva, perché lì dove parrebbe più fisiologico trovarla, essa manca.

Così come manca, nel già citato art. 3 della legge n. 219/2017 una disciplina *ad hoc* sul consenso informato degli adulti fragili, ma privi di misure protettive in atto. Mancanza che dà la stura a quella che è stata definita una rappresentanza “di fatto”¹¹⁰ del paziente naturalisticamente incapace. Il caso, ancora una volta, non è marginale, ma è anzi il più ricorrente se è vero che «almeno l’80-90%» degli anziani ricoverati nei reparti di geriatria «sono ancor oggi privi di un amministratore di sostegno, un tutore o un curatore. E anche se il medico solleva il problema con il diretto caregiver assistenziale, lo stesso non desidera spesso procedere, [...], per varie ragioni, non ultima la ritrosia ad affrontare le procedure legali necessarie [...], a volte percepite come inutilmente complesse»¹¹¹.

Una cassetta di sicurezza in banca – ed è l’ultimo “salto” esemplificativo che si propone – morto il titolare sarà aperta seguendo la procedura descritta dalla legge (art. 1840, cpv., c.c. e art. 48, comma 6, d.lgs. n. 346/1990) e il suo contenuto sarà devoluto secondo le regole del libro II del codice civile. Lo stesso vale per borse, valigie, plichi e pacchi custoditi in banca o in altri depositi. Ma solo una piccola minoranza usa simili servizi. Tutti, invece, abbiamo pc, dispositivi elettronici, *cloud* e “cassetti” virtuali pieni di beni immateriali di ogni tipo. Eppure, alla nostra morte, la sorte di quei contenuti permane incerta, giacché l’unica disposizione in materia (l’art. 2-terdecies cod. privacy sui dati personali dei defunti), col suo accennare a “interessi propri” e a “ragioni familiari meritevoli

comm., 2017, II, 1283 ss. ed E. CALÒ, *Convivenze: il legislatore crea il testamento biologico credendo di estenderlo*, in *Notariato*, 2016, 596 ss. Cfr. anche i capp. IV e V in questo volume.

¹¹⁰ Cfr. V. DURANTE, *Incapacità “di fatto” e consenso nella relazione di cura dopo la l. n. 219/2017*, in *Resp. medica*, 2020, 375 ss. Si rinvia al cap. IV di questo volume.

¹¹¹ Così V. GIANTIN (e L. OLIVERO), *Al capezzale del malato: dialogo intorno ai familiari del paziente (incapace)*, in *Resp. medica*, 2022, 348.

di protezione”, appare vaga e ricca di sottintesi, che vanno riempiti di significati. E tali significati vanno trovati altrove.

Ora, date le premesse, uno studio ad ampio spettro di questi chiaroscuri normativi non appare privo di utilità. Il difetto di una disciplina positiva, in effetti, lascia presagire il libero corso di regole spontanee, di equilibri che vanno indagati, e la cui efficienza potrebbe, circolarmente, essere un disincentivo per l'intervento del legislatore. Tuttavia, un simile studio “unitario” deve farsi carico di un'obiezione preliminare: come si possono tenere insieme temi così lontani, che dalle questioni patrimoniali si estendono ai diritti fondamentali? Ovviamente le distanze sono innegabili. Ma allo stesso tempo non si devono sollevare steccati artificiosi lì dove la compenetrazione è inevitabile¹¹². Per intenderci con un esempio: la responsabilità per i debiti della famiglia pone un classico problema patrimoniale; ma i contratti da cui nascono quei debiti potrebbero riguardare le cure dentistiche per i figli o l'assistenza domiciliare agli anziani¹¹³. All'inverso: il consenso ai trattamenti sanitari tocca la vita e la salute; ma è spesso indissociabile dall'assunzione di impegni di spesa per terapie e ricoveri.

Riesce insomma difficile, se si assume questa prospettiva, dissociare in modo netto i problemi della “rappresentanza” tra familiari in ambito personale da quelli in area patrimoniale. In fondo, non è casuale che gli svizzeri, nel riformare qualche anno fa la disciplina della rappresentanza degli adulti incapaci, per valorizzare il ruolo dei familiari abbiano preso spunto da una norma che nel loro ordinamento già regolava (e regola) il potere rappresentativo per le spese del *ménage*¹¹⁴. Né deve stupire – se torniamo alla tutela

¹¹² Sulla «tenue linea di confine» che a volte separa il mondo del «patrimoniale» da quello dell'«extra-patrimoniale» v., per tutti, A. ZOPPINI, *Le “nuove proprietà” nella trasmissione ereditaria della ricchezza. (Note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 245.

¹¹³ Sulle centinaia di migliaia di “badanti” attraverso cui si attua in Italia la solidarietà intergenerazionale, in un vasto (e spesso opaco) mercato privato dell'assistenza domiciliare alle persone non autosufficienti si vedano, ad esempio, i dati riportati nelle relazioni annuali del difensore civico della Regione Piemonte (anno 2019, p. 149 ss. e anno 2020, p. 83) consultabili sul sito del Consiglio regionale www.cr.piemonte.it.

¹¹⁴ Si veda il “Messaggio concernente la modifica del Codice civile svizzero (*Protezione degli adulti, diritto delle persone e diritto della filiazione*) del 28

postmortale dei diritti della personalità – che per superare il principio per cui *actio personalis moritur cum persona* i sistemi anglosassoni abbiano fatto leva sulla componente patrimoniale di tali diritti, che pure sono essenzialmente a-patrimoniali; così da sancirne una sorta di sopravvivenza rispetto al titolare e ammettere al loro esercizio i familiari eredi¹¹⁵.

È dunque con la coscienza delle differenze, ma anche delle contaminazioni esistenti tra i diversi ambiti in cui si dispiegano le relazioni familiari, che lo studio prenderà in esame quattro casi esemplari, nei quali i problemi dei poteri (in senso lato) rappresentativi dei familiari toccano: 1) la materia dei debiti contratti dal singolo coniuge (o unito civilmente o convivente) nell'interesse della famiglia (cap. II); 2) il coinvolgimento dei genitori nella micro-contrattualità dei figli minori (cap. III); la rappresentanza di fatto dei familiari naturalisticamente incapaci nelle decisioni mediche (cap. IV); e, infine, la spinosa questione della tutela dei diritti della personalità dei congiunti defunti (cap. V). L'auspicio è che nella congerie di casi tanto diversi si possa alla fine scoprire qualche principio costante, che verrà esaminato nel VI e ultimo capitolo.

giugno 2006" consultabile sul sito www.fedlex.admin.ch e intonato al principio che si legge a p. 6431, ovvero che «Fornire il sostegno necessario è innanzitutto compito della famiglia e, sussidiariamente, di servizi privati o pubblici». A p. 6403, in particolare, nel dipingere la prassi da cui ha preso le mosse la riforma, si rilevava che: «Per legittimare gli atti giuridici dei congiunti di un incapace di discernimento si ricorre talvolta a un'interpretazione estensiva dell'articolo 166 CC, concernente la rappresentanza dell'unione coniugale, includendo nel campo d'applicazione di tale norma un settore per cui tale articolo non è stato concepito». Sul tema si veda il cap. IV di questo volume.

¹¹⁵ Sul principio *actio personalis moritur cum persona* e sulle eccezioni in caso di *appropriation of name and likeness for commercial purposes* v. G. RESTA, *La "morte" digitale*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2014, 899 s. V. il cap. V in questo libro.

