

L'APPARENZA DEL DIRITTO

Valentina Amelia Maria Balbo

1.

Cenni generali

Scrivendo Mariano D'Amelio in un saggio inserito prima nel Digesto italiano e poi riproposto immutato nel Novissimo Digesto italiano “*Nel mondo giuridico lo stato di fatto non sempre corrisponde allo stato di diritto; ma lo stato di fatto, spesse volte, e per considerazioni di ordine diverso, merita lo stesso rispetto dello stato di diritto e, in determinate condizioni e in riguardo a determinate persone, genera conseguenze non differenti da quelle che deriverebbero dal corrispondente stato di diritto. Uno di detti casi è l'apparenza del diritto.*”¹

Data l'elaborazione tipicamente giurisprudenziale dell'istituto non a caso chi scriveva (nel 1937!) era un Primo Presidente della Corte di Cassazione.

Ma proviamo a fare un passo indietro e a ricercare le ragioni storiche e politiche di un principio che ancora oggi suscita polemiche e perplessità. Se si riflette sul dato incontestabile secondo il quale nel 1800 il negozio giuridico era in primo luogo volontà del negozio stesso e dei suoi effetti, si comprende la recente enucleazione del principio stesso.

Secondo la dottrina del c.d. dogma della volontà il negozio giuridico altro non era che la dichiarazione di volontà o più in generale la manifestazione di volontà (per non limitare il campo alle sole volontà espresse) diretta e mirata alla produzione di un effetto giuridico che l'ordinamento riconosce e tutela ².

¹ Mariano D'Amelio, Voce *Apparenza del diritto*, NDI, vol.I, pag. 714, Torino 1957.

² V.Scialoja, *Negozi giuridici* (terza ristampa con prefazione di S. Riccobono), pag. 29, Roma 1933; Stolfi, *Teoria del negozio giuridico* (ristampa inalterata), 1, Padova, 1961.

L'impostazione era a tal punto rigidamente assunta tra i suoi primi fautori che un principio generale dell'apparenza del diritto non avrebbe mai potuto trovare ingresso e accoglimento nel loro pensiero.

Come sappiamo, la storia giuridica decretò ben presto che le idee assolutiste di quei pensatori fossero messe in discussione dalle nascenti teorie dichiarazioniste o precettive che degradarono la volontà del dichiarante a presupposto del negozio e posero piuttosto l'accento sulla dichiarazione in quanto tale e sul suo significato obiettivo.³

La breccia era aperta.⁴

Al tempo dell'emanazione del Codice civile del 1865 quando era ancora prevalente la teoria della volontà i primi segnali per il riconoscimento del principio provennero dalla dottrina della c.d. autoresponsabilità per la quale il fondamento dell'istituto in esame venne individuato nell'art.933, capov., cod.civ. abrogato, ex quo *"Sono però salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzione a titolo oneroso fatte di buona fede coll'erede apparente"*.

La disposizione, facendo salvi i diritti dei terzi di buona fede, acquistati dall'erede apparente, non faceva altro che far prevalere la situazione di fatto sulla situazione di diritto.

Nel conflitto, cioè, tra due diversi principi, quello per cui nessuno può alienare più di quanto possiede e quello per cui va tutelato l'affidamento di chi contratta in buona fede con l'erede apparente, nel Codice Civile del 1865 quest'ultimo prevale e riceve riconoscimento.

Ma il vero dato innovativo non fu questo.

Il dato innovativo provenne piuttosto dalle elaborazioni dottrinali e di seguito giurisprudenziali che si fecero di quella previsione e senza le quali la stessa sarebbe rimasta ineludibilmente limitata alla fattispecie alla quale era stata *ab origine* circoscritta dal legislatore

³ Per tutti Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*2 (terza ristampa), *Trattato Vassalli*, XV, Tomo II, 1960.

⁴ Per la ricostruzione storica si veda Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *Diritto Civile* 1**, *Fatti e atti giudici*, pagg. 460-462 e pagg.468-469, Torino 1987.

Anziché riconoscere valore di *lex specialis* alla disposizione citata, la dottrina dell'epoca⁵ manifestò la tendenza a ritenere la disposizione espressione di un principio generale invocabile del pari per regolare situazioni con medesimi caratteri giuridici.⁶

Tutto ciò senza che si sentisse il bisogno di ricorrere al meccanismo dell'analogia legis, ma applicando più semplicemente un principio generale ritenuto immanente nell'ordinamento giuridico.

Con l'emanazione del codice del 1942 tale convincimento, avallato dalle precedenti numerose applicazioni giurisprudenziali, crebbe e ciò anche a fronte di un codice che prevedeva al suo interno diverse disposizioni chiaramente tese a tutela dell'affidamento incolpevole.

E', piuttosto, ancora oggi, l'individuazione della matrice politico ideologica del principio di tutela dell'affidamento (e conseguentemente di apparenza del diritto) che crea difficoltà e contrasti.

Il binomio imprescindibile di scelta è: tutela della socialità o tutela delle relazioni economiche.

Ci si chiede, cioè, se si sancisce la prevalenza di una situazione di fatto con il sigillo giuridico per tutelare la buona fede del terzo contraente (il quale è indotto da circostanze obiettive a ritenere di stipulare un contratto pienamente valido ed efficace) oppure per ingenerare una maggiore fiducia nelle contrattazioni commerciali (con contestuale maggiore dinamicità degli scambi)?

Tutela del terzo o tutela del mercato?

Ritengo che la soluzione non possa essere univocamente data.

Se, infatti, da un punto di vista storico è innegabile il fondamento "*schiettamente economicistico delle innovazioni del codice del 1942*"⁷ che anche a seguito della unificazione del codice civile e del codice di commercio si era adeguato a quelle esigenze che il secondo aveva già recepito nel

⁵ Fra i primi Mossa, *Ordinamento dello "cheque"*, 1921.

⁶ M. D'Amelio, *op. ult. cit.*, pag.715.

⁷ Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *op. ult. cit.*, pagg. 472-473.

mondo dell'economia, non può comunque sottacersi come il principio dell'apparenza (che si lega in maniera indefettibile a quello dell'affidamento - che ne costituisce il presupposto) rivela ed esprime innegabili profili di carattere sociale.

I due momenti si saldano e si completano. Non si eliminano.

Per quanto riguarda una possibile riconduzione del principio al dettato costituzionale, a primo impatto potrebbe, forse, pensarsi all'art.41 capov. Cost. secondo il quale *“l’iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”*.

La riconduzione, tuttavia, non soddisfa appieno, non fosse altro per il rilievo che l'equazione iniziativa economica privata –libertà negoziale (autonomia privata) non è per nulla garantita, anzi indirettamente misconosciuta nelle pronunce della Corte Costituzionale.⁸

Più probabile, anche se eccessivamente generico, l'allaccio al principio di uguaglianza sostanziale e/o di solidarietà, ma resta il dato che la giurisprudenza in genere, tanto di merito, quanto di legittimità, non ha mai proceduto ad una enucleazione del principio dell'apparenza del diritto in termini tanto generici da giustificare la ricerca del suo eventuale fondamento costituzionale.

In ogni caso volendo oggi parlare di un principio generale di apparenza del diritto potremmo spiegarlo in questi termini: chi crea l'apparenza di una situazione di fatto o di diritto ne subisce le conseguenze giuridiche nei confronti di chi vi abbia fatto ragionevole affidamento.

La base da cui partire è, da un lato, l'affidamento del contraente tutelato dal principio, dall'altro, il dare causa ad una situazione di pura esteriorità da parte del soggetto che vede prevalere a suo discapito la situazione apparente su quella reale.

⁸ Si vedano Corte Cost. 27 Febbraio 1962, n.7 e Corte Cost. 23 Aprile 1965 n.30

Ed è proprio in questo duplice profilo che si registra la differenza tra l'apparenza del diritto e la fattispecie dell'errore, vizio del consenso.

Il contratto è annullabile se viziato da errore essenziale e riconoscibile.

I due istituti hanno in comune il dato per cui un soggetto ritiene erroneamente esistente una determinata realtà che tuttavia non è tale nei fatti, ma il dato discretivo è pregnante in quanto nell'errore non c'è il dato obiettivo di un contraente che con il suo comportamento dà causa a quell'erroneo convincimento.

Ecco perché nell'apparenza secondo un criterio di autoresponsabilità, il soggetto che la subisce dovrà sopportare le conseguenze derivanti dal suo comportamento e che hanno suscitato legittime aspettative nella controparte.

Autoresponsabilità che per la peculiarità che le si addice non può essere sanzionata con il classico rimedio risarcitorio, ma con la prevalenza della situazione apparente su quella reale.

Pur non potendo avere la certezza dell'esistenza di un principio di apparenza del diritto in termini generali non si può, comunque, prescindere dalle singole ipotesi normativamente tipizzate e giurisprudenzialmente enucleate che ne fanno oggi un principio di diritto effettivo.

2.

L'erede apparente

Non si può, pertanto, che prendere le mosse dalla fattispecie dell'erede apparente, anche e soprattutto per una sorta di tributo che le si deve riconoscere nella genesi e nel consolidamento dell'istituto.

Il capoverso dell'art.534 c.c. stabilisce che *“Sono salvi i diritti acquistati, per effetto di convenzione a titolo oneroso con l'erede apparente, dai terzi i quali provino di avere contrattato in buona fede”*.

La differenza con la previgente disposizione salta immediatamente agli occhi: nella nuova formulazione il legislatore ha posto a carico dei terzi la

prova della propria buona fede, mentre prima tale situazione psicologica era presunta, gravando, quindi, sul soggetto che intendeva negarla, l'onere di provare la mala fede del terzo⁹.

Deve quindi rilevarsi come la nuova disposizione ponga una vera e propria eccezione al principio generale secondo il quale la buona fede si presume, principio pienamente rispettato dall'art.933 cod. civ. abrogato.

Un'ulteriore notazione va fatta: il codice del 1942 introduce nuovi sistemi di pubblicità dei trasferimenti dei beni immobili e mobili registrati e ciò spiega la *ratio* del terzo comma dello stesso art. 534.

Esso prescrive che la norma sull'erede apparente non si applica ai beni immobili e mobili registrati se l'acquisto a titolo di erede e l'acquisto dall'erede apparente non sono stati trascritti anteriormente alla trascrizione dell'acquisto da parte dell'erede o del legatario vero o alla trascrizione della domanda giudiziale contro l'erede apparente.

Il che, come è ovvio, restringe di un bel po' il campo di applicazione della nostra disposizione.

Ma ciò era inevitabile: istituito un sistema di pubblicità per le vicende giuridiche e in relazione a determinate categorie di beni, non avrebbe certamente avuto senso affidarsi all'effimero criterio di una buona fede da provare (che spesso volte si traduce in una sorta di *probatio diabolica*) anziché dare risalto alla imposta diligenza di chi si avvale degli strumenti giuridici – i pubblici registri – idonei a fugare dubbi sulla provenienza giuridica dei beni.

E' stato affermato, a ragione, e in termini più generali che la fortuna della dottrina dell'apparenza del diritto nel nostro ordinamento giuridico è dipesa dall'insufficienza del sistema di pubblicità, insufficienza che impone di avvalersi di un criterio di buona fede per tutelare i terzi.

In altre parole la pubblicità come un limite all'efficacia dell'apparenza.¹⁰

⁹ V. Cass. civ., sez. II, 6 Febbraio 1975 n.435.

¹⁰ A. Pagano, *Sentieri giuridici*, pag.,288, Padova 1999.

Ristretta nella sua applicazione la regola dell'erede apparente, tuttavia, resta.

La rilevanza della situazione obiettiva di apparenza che prevale sulla situazione reale, ai fini della tutela del terzo di buona fede, si può peraltro desumere dal fatto che l'art.534, 2 comma, c.c. non prende in alcuna considerazione l'atteggiamento psicologico di colui che si comporta come erede, lasciando intendere ai terzi che con lui contrattano di essere tale.

E', infatti, irrilevante ai fini della configurabilità della fattispecie in esame che l'erede apparente sia in buona o mala fede, è irrilevante il suo atteggiamento psicologico, il suo stato subiettivo, mentre ciò che conta è l'esistenza di una "oggettiva" situazione di apparenza¹¹.

3.

Pagamento al creditore apparente

Altra ipotesi normativa, riconducibile al fenomeno dell'apparenza del diritto, è quella prevista dall'art. 1189 c.c. rubricato "*pagamento al creditore apparente*".

Il debitore che esegue la prestazione dovuta a chi appare legittimato a riceverla in base a circostanze univoche è liberato se prova di essere stato in buona fede.

Non può non rilevarsi come, nell'ordinamento giuridico italiano, la disposizione trovi un precedente nell'art. 1242 del codice abrogato del 1865 il quale dichiarava liberatorio il pagamento fatto in buona fede a chi si trova "*nel possesso del credito*".

L'equivocità della formula "*possesso del credito*" ha dato origine a quel giudizio di "*improprietà*"¹² espresso nella Relazione al codice vigente e ha indotto il legislatore a sostituire la stessa con il presupposto delle circostanze univoche.¹³

¹¹ F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, pag. 525, Napoli 2001.

¹² Relazione al Codice n.563.

¹³ V. C.M. Bianca, *Diritto Civile*, vol. IV, pag. 316, Milano 1998.

Il primo elemento della fattispecie da porre in rilievo è la circostanza che il codice usa un'espressione (volutamente) ampia per indicare colui che, ai sensi della rubrica, deve intendersi per creditore apparente: colui che appare legittimato a ricevere il pagamento.

Nella ricostruzione del concetto di *accipiens* apparentemente legittimato ai sensi dell'art. 1189 c.c., a mio avviso, deve compiersi un necessario collegamento con quell'altra disposizione – l'art.1188 c.c.- che individua a sua volta i soggetti (non semplicemente apparenti) destinatari del pagamento.

E così, *mutatis mutandis*, quel soggetto apparentemente legittimato a ricevere il pagamento diventerà, di volta in volta, il creditore apparente (nel senso di colui che apparentemente appare il titolare dal lato attivo del rapporto obbligatorio), il rappresentante apparente del creditore o colui che, sempre in base all'apparenza, sembra (ma non lo è) essere stato indicato dal creditore, autorizzato dalla legge o dal giudice a ricevere il pagamento.

Il collegamento tra gli artt.1188 e 1189 c.c. consente, inoltre, di avere un quadro completo della disciplina più generica del pagamento al non legittimato in quanto il secondo comma dell'art.1188 prescrive che il pagamento fatto a chi non era legittimato a riceverlo libera il debitore, se il creditore lo ratifica o ne ha approfittato.

Insomma, se ricorrono i presupposti della situazione apparente (buona fede provata, circostanze univoche indotte dall'*accipiens*) il pagamento al non legittimato libera il *solvens*, altrimenti, l'effetto liberatorio potrà aversi solo a seguito di un intervento (ratifica o approfittamento) del vero creditore.

Questa del collegamento tra gli artt.1188 e 1189 è un'operazione che sembra essere condivisa dalla giurisprudenza laddove essa afferma quasi costantemente che il pagamento fatto al rappresentante apparente, al pari

di quello fatto al creditore apparente, libera il debitore di buone fede ai sensi dell'art.1189 c.c.¹⁴

Secondo un orientamento decisamente minoritario¹⁵, invece, “ *l’incaricato a ricevere il pagamento di cui di cui al primo comma dell’art.1189 è persona diversa sia dal rappresentante che dal mandatario del creditore, trattandosi di un soggetto cui viene conferito esclusivamente il (limitato) potere di ricevere la prestazioni*” .

Volendo tirare le somme, per questi giudici creditore apparente ai sensi dell'art.1189 c.c. può essere o il titolare apparente del rapporto obbligatorio o l'apparente *adiectus solutionis*.

Orientamento criticabile anche per un'altra ragione imposta da una riflessione: se il concetto di “rappresentanza apparente” è giurisprudenzialmente riconosciuto in termini generali e in riferimento a qualsiasi attività negoziale, non si comprende come possa negarsi cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico solo ed esclusivamente alla rappresentanza apparente in tema di pagamenti.

In ogni caso, occorre che l'apparente gerito o rappresentato abbia dato causa con il suo comportamento all'apparente potere rappresentativo in tema di pagamenti ed abbia dato a causa a quelle circostanze univoche richieste dalla fattispecie di cui all'art.1189 c.c.

In questa prospettiva va ritenuto e valutato il comportamento dell'imprenditore o degli organi sociali che abbiano ripetutamente consentito all'agente, sfornito di poteri rappresentativi, di ricevere pagamenti in nome e per conto dell'impresa o della società¹⁶.

Nell'ipotesi di apparente rappresentante del creditore di pagamento, ai fini della tutela del *solvens* di buona fede, occorre quindi un

¹⁴ Si vedano Cass. civ., sez. II, 25 Febbraio 2002 n. 2732; Cass. civ. 19 Luglio 1995 n. 7860; Cass. civ., sez. III, 22 Maggio 1990 n. 4595.

¹⁵ V. Cass. civ., sez. III, 23 Giugno 1997.

¹⁶ Cass. civ., sez. II, 29 Luglio 1992 n. 9083; Cass. civ., 16 Giugno 1980 n. 3808; Cass. civ. 16 Gennaio 1979 n.309.

comportamento colposo del creditore che abbia fatto sorgere “*una ragionevole presunzione sulla rispondenza alla realtà dei poteri rappresentativi*”¹⁷.

Più in generale si ritiene che in tutte le ipotesi di pagamento al creditore apparente la situazione di apparenza debba addebitarsi al comportamento colposo del creditore.

Occorre, poi, ai sensi dell’art.1189 c.c. che da questo comportamento colposo scaturisca il sorgere di circostanze obiettive, certe ed incontroverse circa la legittimazione (apparente) dell’*accipiens*.

L’elemento della necessaria presenza di circostanze obiettive, va ricordato, accomuna l’ipotesi normativa prevista dall’art. 534, 2° comma, c.c. e l’art.1189 c.c.

Elementi presuntivi a carattere obiettivo possono desumersi dal fatto che, nella ripetizione di rapporti contrattuali tra due soggetti, il pagamento effettuato nelle mani di un terzo soggetto abbia sempre portato al buon fine delle operazioni senza che il creditore abbia mai mosso rilievi circa la regolarità degli stessi pagamenti.¹⁸

Le circostanze obiettive, inoltre, devono aver ingenerato nel *solvens* un atteggiamento di buona fede: devono, cioè, aver ingenerato nello stesso un affidamento sul buon fine del pagamento.

Anche in questa ipotesi, come in quella relativa all’erede apparente si rinviene una deroga al principio per cui la buona fede va presunta e sarà ancora una volta il soggetto tutelato dalla disposizione sull’apparenza a dover provare la sua buona fede.¹⁹

Probatio diabolica se la stessa giurisprudenza non desse ingresso alla possibilità di ritenere raggiunta la prova suddetta attraverso presunzioni

¹⁷ Cass. civ., sez. III, 22 Maggio 1990 n.4595 ,ma V. *contra* Cass. civ., sez. lav., 20 Maggio 1996 n. 4637 “*La portata liberatoria del pagamento non è in alcun modo condizionata dalla sussistenza di un comportamento colposo del soggetto nei cui confronti è invocata l’apparenza*”.

¹⁸ Cass. civ., sez. II, 7 Maggio 1992 n. 5436.

¹⁹ Cfr. la Relazione al c.c. n.534: “*questa buona fede costitutiva dell’effetto giuridico della*

derivanti da circostanze di carattere oggettivo (“obiettive”, verrebbe da dire) e non subiettivo.²⁰

La buona fede del *solvens*, a dire della giurisprudenza²¹, sembra essere invece esclusa quando il legislatore ha predisposto in ordine a determinati fatti forme di pubblicità: così gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento si registrano *erga omnes*, indipendentemente dalla conoscenza effettiva che i terzi ne abbiano.

Ne deriva che il *solvens* che paghi nelle mani del fallito, successivamente alla dichiarazione del fallimento che lo ha privato della disponibilità del suo patrimonio, non è liberato quando la sua buona fede venga collegata alla mancata conoscenza della sentenza dichiarativa del fallimento.

Un’interessante arresto giurisprudenziale vuole, poi, che l’ancoraggio alla realtà oggettiva apparente della buona fede del debitore impedisca di giustificare inadempimenti fondati su diverse e soggettive interpretazioni della realtà, intervenute nel corso di un rapporto di durata.²²

In altre parole: se l’oggettività delle circostanze ti ha da sempre indotto a ritenere di pagare ad un soggetto legittimato, devi continuare a farlo, sebbene nella tua mente si insinui il dubbio soggettivo e non supportato da elementi esterni rilevanti che si tratta di un creditore apparente.

Un po’ eccessivo. Verrebbe meno la buona fede.

4.

Apparenza in tema di cessione del credito

Una parte della dottrina è solita ricondurre al principio dell’apparenza del diritto anche l’art.1264 capoverso c.c. che in tema di cessione dei crediti stabilisce che anche prima della notifica o dell’accettazione del debitore ceduto, se questi paga al creditore cedente, non è liberato

²⁰ Cass. civ., sez. II, 7 Maggio 1992 n. 5436

²¹ Cass. civ., sez. I, 22 Giugno 1994 n. 5963; Cass. Civ., 16 Gennaio 1991 n. 334.

²² Cfr. Cass. civ., sez. III, 21 Giugno 1993 n. 6859 « *Il debitore che in origine versa in una situazione di buona fede nei confronti del creditore apparente non può, nel corso del rapporto, sottrarsi ai suoi obblighi in considerazione di una sua soggettiva diversa rappresentazione della realtà giuridica sulla individuazione dell’accipiens, non ancorata a circostanze obiettive certe ed incontroverse* ».

dall'obbligazione se il creditore cessionario dimostra che chi ha pagato era comunque a conoscenza dell'avvenuta cessione.

Tale ipotesi integrerebbe un caso di pagamento ad un creditore apparente (il cedente) che libera l'obbligato (il ceduto) a meno che non si provi la sua conoscenza della cessione.

Tuttavia tale impostazione non è unanimemente condivisa ed anzi la dottrina di maggioranza tende ad escludere che sia in essa ravvisabile il fenomeno dell'apparenza, stante che la tutela dell'affidamento è meno intensa che nei casi già esposti,

Ciò perché la conoscenza dell'avvenuta cessione, acquisita *aliunde* dal debitore ceduto e in qualsiasi modo dimostrata basta ad impedire che egli sia liberato.

Insomma, a differenza della già prospettata ipotesi dell'erede apparente e del pagamento al creditore apparente, qui la buona fede del *solvens* è, coerentemente con il principio generale di cui all'art. 1147 c.c., presunta e la presunzione va vinta con la prova contraria.

Questi i dati del codice in tema di apparenza.

Diventa a questo punto legittimo chiedersi se sia possibile enucleare un principio generale di apparenza del diritto.

Si deve segnalare che alcuni autori criticano una soluzione generalizzata con riguardo all'apparenza del diritto e la confinano nell'ambito delle ipotesi normativamente previste o tutt'al più in quello delle applicazioni giurisprudenziali.

Non si può però non tenere in debita considerazione un dato di fatto che va al di là delle impostazioni sistematiche privilegiate e che dimostra come il principio dell'apparenza del diritto sia nel nostro ordinamento giuridico un principio di diritto effettivo: mi riferisco al fatto che al di là dei casi previsti dalla nostra legislazione codicistica la giurisprudenza ha da lungo tempo applicato il principio a fattispecie nella cui disciplina non vi è traccia di alcun riferimento alla situazione di apparenza.

5.

La società apparente

A tal proposito è da porre in assoluta evidenza la figura della “società apparente”, una figura di esclusivo conio giurisprudenziale e in relazione alla quale, in perfetta linea con la ricostruzione in termini generali del principio, la Suprema Corte ha costantemente sancito la prevalenza della situazione apparente e di fatto, su quella di diritto, con conseguente responsabilità verso l'esterno di chi abbia posto in essere comportamenti o circostanze atte a ingenerare nei terzi il convincimento, secondo valutazione di buona fede, circa l'esistenza di contratto societario tra chi ha agito come socio.

Per la giurisprudenza, insomma, la esteriorizzazione di un rapporto sociale, benché non sussistente nei rapporti interni tra i soci apparenti, basta per tutelare i terzi che su quel comportamento abbiano fatto affidamento.

Naturalmente la qualificazione in termini di socio apparente rileva ai fini pratici del suo assoggettamento a responsabilità e per l'eventuale dichiarazione di fallimento dello stesso.

Parte della dottrina ritiene che il consolidato orientamento giurisprudenziale sulla società apparente vada contro i principi generali del sistema civilistico, in quanto, più coerentemente con gli stessi principi, un socio apparente dovrebbe rispondere solamente per illecito extracontrattuale ex art.2043 c.c. o, più in particolare, a titolo di rappresentante senza potere.²³

Spesso, per giustificare l'applicazione in materia societaria del principio in esame, si fa ricorso anche al concetto di rappresentanza apparente, ma parte della dottrina critica tale ricostruzione ritenendo controversa l'applicabilità della disciplina sulla rappresentanza in diritto commerciale,

²³ F.Galgano, *Diritto Commerciale. Le società*, pag. 50, Bologna 1997.

anche perché qui la stessa nozione di rappresentanza assume connotati differenti.

Resta il dato di fatto di un principio di diritto effettivo che dichiara il socio apparente responsabile per i debiti societari e assoggettabile a dichiarazione di fallimento.

Il socio apparente va inquadrato insieme al socio occulto nella più generica figura del socio di fatto, ma le due *species* sono profondamente differenti.

Il socio apparente, pur non essendo socio reale, si comporta come tale nei rapporti con i terzi, mentre il socio occulto, pur essendo realmente socio, tuttavia cerca di celare ai terzi la sua qualità.

La profonda differenza di presupposti delle due figure induce la giurisprudenza a ritenere che nella declaratoria di fallimento di un socio di fatto non può essere giustificata sulla base del contemporaneo accertamento in capo ad un soggetto della qualità di socio apparente e di socio occulto perché le due figure sono alternative.²⁴

Nella prassi l'individuazione e l'accertamento di una società apparente diventa più complessa quando viene realizzato il coinvolgimento nei rapporti imprenditoriali o societari dei consanguinei dell'imprenditore o del socio.

Il problema deriva dalla difficoltà di individuare il *discrimen* tra atti neutri spiegabili in termini di *affectio familiaris* e effettivo sodalizio sociale.

Così la giurisprudenza, se, da un lato, afferma che in caso di società di fatto ritenuta tra consanguinei la prova della esteriorizzazione del vincolo debba essere particolarmente rigorosa²⁵, dall'altro, giunge a dichiarare il fallimento della moglie e del figlio dell'imprenditore, ravvisando l'esteriorizzazione del vincolo sociale nelle fideiussioni continuative e sistematiche prestate dai primi a favore del secondo.²⁶

²⁴ Cass. civ., 24 Marzo 1981 n. 1708.

²⁵ Cass. civ., sez. I, 26 Luglio 1996 n. 6770.

²⁶ Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2001 n. 2095.

6.

Rappresentanza apparente

Altra applicazione del fenomeno dell'apparenza da parte della giurisprudenza si è avuta in tema di rappresentanza, dando vita all'istituto della rappresentanza apparente.

In termini generali, il rappresentante apparente è colui che, in base a circostanze univoche, mostra di avere un potere rappresentativo, sebbene ne sia privo e il contratto concluso con quest'ultimo non vincola di norma il rappresentato, ma può semmai essere fonte di responsabilità ex art.1398 c.c.

Nell'ipotesi in cui il rappresentato abbia, invece, con il suo comportamento dato causa all'apparente legittimazione del *falsus procurator* e il terzo abbia confidato senza sua colpa nella situazione apparente, il contratto concluso dal rappresentante apparente con il terzo vincolerà il rappresentato.

Questa la regola enucleata dalla giurisprudenza che, tuttavia, tende a misconoscere l'operatività in termini generali dell'istituto nel campo della rappresentanza: è ricorrente, in questo senso, l'espressione secondo la quale l'apparenza del diritto opera nell'ambito dei singoli rapporti giuridici secondo il vario grado di tolleranza di questi in ordine alla prevalenza dello schema apparente su quello reale.²⁷

Secondo una tesi minoritaria l'istituto della rappresentanza apparente sarebbe fondato su una sorta di procura tacita, conferita dal rappresentato al *falsus procurator*.

Si è giustamente fatto notare che nella procura apparente, se è vero che il rappresentato risponde dell'operato del *falsus procurator*, ciò avviene per la tutela dell'affidamento ingenerato negli altri e non per il fatto di una procura che non esiste neppure in forma tacita.²⁸

²⁷ Cass. civ., sez. III, 1 Marzo 1995 n. 2311; Cass. civ., sez. II, 17 Marzo 1975 n. 1020; Corte d'Appello civ. Milano, sez. I, 7 Dicembre 1976 n. 2327.

²⁸ F.Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, pag. 1025, Napoli 2001.

Subire, per autoresponsabilità, le conseguenze di atti non autorizzati non implica, infatti, la volontà di conferire al soggetto che li ha compiuti un potere rappresentativo.

Occorre, come negli altri casi di apparenza del diritto, la ricorrenza di tre presupposti: una situazione di fatto non corrispondente allo stato di diritto, l'esistenza di circostanze univoche tali da trarre in inganno il terzo, la buona fede e l'affidamento sul terzo sul fatto che la situazione apparente sia la realtà giuridica.

La situazione di fatto apparente, quantomeno con riferimento ai casi apparenza pura (su cui vedi appresso), deve essersi generata da un comportamento colposo del rappresentato, comportamento tale da giustificare il ragionevole convincimento che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente conferito al *falsus procurator*.²⁹

E', inoltre, necessario che l'affidamento del terzo sui poteri del *falsus procurator* sia incolpevole: tale opinione non deve essere cioè determinata dal comportamento colposo del terzo che non si attiene ai dettami della legge o della normale diligenza e trascuri di accertare realtà facilmente controllabili.³⁰

Sulla falsariga di questo canone si è ritenuto negligente il comportamento del contraente che non si cura di verificare i poteri del rappresentante apparente nonostante la possibilità di richiedere informazioni telefoniche o epistolari.³¹

Una tipizzazione ricorrente si ha, altresì, con riferimento ai negozi per i quali sia prescritta una forma scritta *ad substantiam* (es. vendita di immobile); in questo caso, infatti, rileva l'art.1392 c.c. il quale richiede che la procura del rappresentante abbia la stessa forma richiesta per il contratto da stipulare.

²⁹ Cass. civ., sez. III, 28 Agosto 2003 n. 12617; Cass. civ., sez. .III, 10 Gennaio 2003 n. 204.

³⁰ Cass. civ., sez. III, 6 Novembre 1998 n.11186.

³¹ Cass. civ., sez. II, 10 Novembre 1994 n. 9381.

E' quindi conforme a diligenza che il terzo che, ad esempio, acquisti un'immobile dal rappresentante del proprietario chieda che i suoi poteri siano giustificati da procura espressa e scritta (art. 1393 c.c.).

Impossibile, quindi, in questi casi, per il terzo contraente invocare la buona fede e l'affidamento in una situazione di apparenza.³²

In giurisprudenza, in tema di rappresentanza apparente, si tende a distinguere due diversi moduli: l'apparenza pura, caratterizzata dalla presenza di una situazione di fatto difforme da quella di diritto e dall'affidamento incolpevole del terzo e l'apparenza colposa nella quale, oltre ai due suesposti elementi, ricorre anche quello della presenza della colpa del soggetto contro cui l'apparenza è invocata.

La distinzione, peraltro, viene invocata al fine di sottolineare che la rappresentanza apparente pura non può mai prevalere sul mancato conferimento dei poteri rappresentativi e comporta solamente l'applicazione della disciplina dettata dal codice in tema di *falsus procurator* (artt.1398 e 1399 c.c.).³³

³² Per tutte Cass. civ., sez. III, 6 Novembre 1998 n. 11186.

³³ Cass. civ., sez. II, 17 Marzo 1975 n.1020; Corte d'Appello civ. Milano, sez. I, 7 Dicembre 1976 n. 2327.