

sta *Rivista*, 2010, II, 237 ss.; SERANI, *Il caso «Vieri» e il danno non patrimoniale da lesione della privacy del calciatore*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1072 ss.; SMORTO, *Sul significato di «rimedi»*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 159 ss.; SPILLARE, *I danni punitivi: mito*

o realtà?, in *Studium iuris*, 2014, 1407 ss.; ZIVIZ, *Grandi speranze (per il danno non patrimoniale)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 380 ss.

FRANCESCA MALZANI

- CASS. CIV., sez. un., 3.6.2015, n. 11377
Cassa con rinvio App. Trento, sez. dist. Bolzano, 26.1.2013

RAPPRESENTANZA - FALSUS PROCURATOR - DIFETTO DI POTERE RAPPRESENTATIVO - INEFFICACIA DEL CONTRATTO - DEDUZIONE DA PARTE DELLO PSEUDO RAPPRESENTATO - MERA DIFESA - PRECLUSIONI EX ARTT. 167 E 345 COD. PROC. CIV. - ESCLUSIONE - RILEVABILITÀ D'UFFICIO - SUSSISTENZA (cod. civ., artt. 1398, 1399; cod. proc. civ., artt. 112, 115, 167, 345)

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

[MASSIMA UFFICIALE: *In tema di contratto stipulato da «falsus procurator», la deduzione del difetto o del superamento del potere rappresentativo e della conseguente inefficacia del contratto, da parte dello pseudo rappresentato, integra una mera difesa, atteso*

che la sussistenza del potere rappresentativo in capo a chi ha speso il nome altrui è un elemento costitutivo della pretesa del terzo nei confronti del rappresentato, sicché il giudice deve tener conto della sua assenza, risultante dagli atti, anche in mancanza di una specifica richiesta di parte.]

dal testo:

Il fatto. 1. I rappresentanti di A.F. (cioè i suoi due figli, C. e Ch.F., muniti di procura del padre) e H.V. Leasing s.p.a. hanno concluso, con due distinti contratti del 21 dicembre 2002, una compravendita immobiliare. Non tutto il prezzo dovuto dall'acquirente società ad A. F. è stato versato: una quota è andata a compensare posizioni debitorie direttamente riferibili al venditore; altra parte del prezzo (euro 1.075.019,74) è stata trattenuta da H. V. Leasing s.p.a., in accordo con i rappresentanti del venditore, a compensazione di crediti che la società vantava nei confronti di società di capitali terze riferibili allo stesso A. F.

Quest'ultimo ha contestato, anche a mezzo del proprio legale, la legittimità della compensazione, ha chiesto la restituzione degli importi indebitamente trattenuti da H.V. e ha denunciato l'invalidità della intervenuta transazione, così qualificando il patto collaterale alla vendita immobiliare.

Ritenendosi tuttora creditore per quella quota parte di prezzo non versata ed impiegata per l'estinzione di debiti ad esso non riferibili, A.F. ha quindi ceduto la propria (ritenuta intatta) posizione creditoria a J. R. con contratto dell'11 maggio 2007.

2. Con citazione in data 25 settembre 2007,

J. R. – in qualità di cessionaria dei crediti di A.F., in virtù del citato contratto dell'11 maggio 2007, notificato alla debitrice contestualmente alla citazione – ha evocato in giudizio, dinanzi al Tribunale di Bolzano, H.V. Leasing s.p.a. (*Omissis*), chiedendone la condanna al pagamento del corrispettivo residuo delle compravendite immobiliari del 21 dicembre 2002, non versato in quanto indebitamente compensato per euro 1.075.019,74 con debiti di società terze e per euro 38.964,31 per l'IVA dovuta relativamente ad un debito dello stesso A.F.

La convenuta, costituitasi in data 12 febbraio 2008, ha dedotto l'insussistenza dei crediti azionati, allegandone l'estinzione in virtù di un patto di compensazione stipulato con C. e Ch. F., in qualità di rappresentanti di A.F.

3. Con sentenza in data 20 dicembre 2010, il Tribunale di Bolzano, premessa l'inefficacia dell'accordo compensativo collaterale alla compravendita immobiliare, in quanto stipulato dai rappresentanti di A.F. eccedendo i limiti della procura, ha accolto la domanda relativamente alla somma di euro 1.075.019,74. (*Omissis*)

In ordine all'importo principale (1.075.019,74) della domanda di condanna, la sentenza è così motivata: (*Omissis*)

– l'operazione compiuta dai procuratori speciali di A.F. può essere inquadrata non solo “nel negozio traslativo degli immobili già di proprietà di A.F. a H.V., con incasso di una parte del prezzo a mezzo della compensazione con posizioni debitorie di A.F. nei confronti dell'acquirente”, ma anche “in un secondo accordo negoziale di rinuncia, da parte del venditore A.F., all'incasso della parte residua del prezzo, rinuncia questa attuata in favore dei terzi F. Trans, Alpe Spedition e Nord Truck, a loro volta debitori di H.V.”;

– “[s]ostiene la convenuta H.V. che i procuratori speciali di A.F. fossero muniti dei necessari poteri per attuare l'accordo negoziale di cui sopra e del quale vuole avvalersi. In atti, tuttavia, le procure notarili richiamate negli atti di vendita [...] non sono allegat[e], sicché al Tribunale è preclusa la verifica dei poteri conferiti dal titolare del diritto ai procuratori speciali. Pacifico è che questi fossero muniti del potere di compiere sia l'atto traslativo che le attività di esecuzione dello stesso, incluso l'incasso del

prezzo pattuito a nome del rappresentato. Che però fossero da quest[o] autorizzati a compiere anche l'ulteriore negozio abdicativo, con rinuncia all'incasso di parte del prezzo in favore di soggetti terzi, non risulta dai contratti di vendita, né da altro atto scritto”;

– “il difetto di rappresentanza o anche l'eccesso di rappresentanza determinano entrambi la non operatività, nel patrimonio del rappresentato, dell'atto compiuto dal *falsus procurator*”;
– nel caso in esame, in cui parte attrice nega che siano mai stati conferiti ai procuratori speciali “poteri ulteriori rispetto a quelli necessari per concludere il negozio traslativo”, “[l]a prova dell'esistenza del potere a validamente compiere l'atto abdicativo, in favore dei soggetti terzi summenzionati, spetta a chi vuole avvalersi del negozio, quindi a H.V. Tale onere di prova non è stato ad oggi assolto dalla odierna convenuta; non risulta quindi che i poteri rappresentativi conferiti da A.F. ai propri procuratori coprissero alcun pagamento di debito altrui e quindi la possibilità, per H.V., di procedere alla ‘compensazione’ come in effetti attuata”.

4. La sentenza di primo grado è stata impugnata in data 25 gennaio 2011 da H.V. Leasing s.p.a., che ha denunciato, tra l'altro, la violazione dell'art. 112 c.p.c., avendo il Tribunale sollevato d'ufficio l'eccezione d'inefficacia dell'accordo compensativo in conseguenza del superamento dei limiti del potere di rappresentanza, mentre l'attrice non aveva mai dedotto che i rappresentanti di A.F. avevano concluso questo accordo eccedendo i limiti del potere di rappresenta loro conferito dal rappresentato, ma si era limitata a sostenerne l'inefficacia sul rilievo che A.F. non doveva rispondere personalmente dei debiti delle sue società, e l'invalidità perché il patto aveva natura transattiva e non era rivestito di forma scritta.

Nel giudizio di appello J.R., costituitasi in data 13 aprile 2011, ha contestato la fondatezza dell'impugnazione e ha proposto appello incidentale relativamente al rigetto della domanda di pagamento di euro 38.964,31.

5. (*Omissis*) la Corte d'appello ha osservato che “la correttezza dell'osservazione circa il difetto di potere in capo ai rappresentanti di A.F. appare confermata anche alla luce della procura che H.V. ha prodotto nel presente grado

d'appello": "come si ricava dal dimesso documento del fascicolo di secondo grado dell'appellante, A.F. ha abilitato i suoi rappresentanti al compimento di atti di gestione del proprio patrimonio", "non invece a porre in essere atti a titolo gratuito che ne provocassero il depauperamento".

Tanto premesso, la Corte territoriale ha sottolineato che l'eccezione d'inefficacia del contratto stipulato dal *falsus procurator* è riservata all'iniziativa di parte e non avrebbe potuto conseguentemente essere rilevata d'ufficio dal primo giudice.

Ha precisato in particolare (*Omissis*): "I rappresentanti di A.F., evidentemente previo accollo in capo al rappresentato dei debiti delle sue società, hanno accettato di portarli in detrazione al credito per il prezzo della vendita immobiliare. Poiché, dunque, l'effetto estintivo è stato ottenuto mediante un'attività negoziale posta in essere da falsi procuratores, essa è da ritenersi inefficace sino a quando il *dominus* decida definitivamente di ratificarla. Tale inefficacia è, tuttavia, deducibile solo con eccezione di parte. La quale, però, nel caso di specie non è stata sollevata dalla cessionaria del credito J. R. Essa, infatti, si è limitata a dedurre che dei debiti societari A. F. non doveva rispondere personalmente. Ha poi soggiunto che l'accordo concluso dai suoi rappresentanti aveva natura transattiva ed era invalido perché privo di forma scritta". (*Omissis*)

6. Per la cassazione della sentenza della Corte d'appello J. R. ha proposto ricorso, con atto notificato il 13 giugno 2013, deducendo la violazione dell'art. 112 c.p.c.: in via principale per la qualifica di eccezione in senso stretto anziché in senso lato e per il conseguente omesso rilievo d'ufficio dell'inefficacia del patto di compensazione, con accollo di debiti altrui, stipulato dai falsi rappresentanti; (*Omissis*). In particolare, ad avviso della ricorrente, l'eccezione *de qua*, non essendo riservata dalla legge alla parte e non corrispondendo all'esercizio di un diritto potestativo, implicito solo nell'esercizio del potere di ratifica e, quindi, non nella negazione ma nell'attribuzione di efficacia al contratto, dovrebbe includersi nel novero delle eccezioni in senso lato, alla luce della giurisprudenza di legittimità più recente.

Tale conclusione – si sostiene – non contra-

sterebbe con il riconoscimento della legittimazione a far valere la temporanea inefficacia del contratto concluso solo in capo allo pseudo rappresentato (e non al terzo contraente), essendo detta legittimazione fondata, non già sulla natura di eccezione in senso stretto, ma sul fatto che tutte le volte che il falsamente rappresentato agisca dando vigore al contratto tale suo agire nel processo configura ratifica (pur se tacita).

La società H.V. Leasing s.p.a. ha resistito con controricorso, insistendo sulla configurazione dell'inefficacia del contratto per mancanza di poteri rappresentativi come eccezione in senso stretto, in considerazione del suo collegamento con il potere di ratifica attribuito al *falsus procurator*, di cui sarebbe precluso l'esercizio con il rilievo d'ufficio del giudice, ed in ogni caso negando, da un lato, l'asserita violazione dei limiti della procura da parte dei rappresentanti di A.F. e, dall'altro, la legittimazione della cessionaria del credito a formulare l'eccezione in esame.

Fissata l'udienza dinanzi alla Seconda Sezione civile, la ricorrente ha replicato alle deduzioni della controricorrente con la memoria ex art. 378 c.p.c. depositata il 3 giugno 2014.

7. La Seconda Sezione civile, con ordinanza interlocutoria 27 giugno 2014, n. 14688, ha rimesso gli atti al primo presidente della Corte di Cassazione, ai sensi del secondo comma dell'art. 374 c.p.c., sulla questione di massima di particolare importanza se l'inefficacia del contratto stipulato dal *falsus procurator* sia rilevabile d'ufficio o solo su eccezione di parte.

L'ordinanza di rimessione ritiene il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità – secondo cui l'inefficacia (temporanea) del contratto concluso dal *falsus procurator* non è rilevabile d'ufficio, ma solo su eccezione del falso rappresentato, e conseguentemente non è proponibile per la prima volta in appello – non adeguatamente giustificato, alla luce dell'inesistenza del vincolo giuridico (inesistenza confermata dalla possibilità di ratifica e di actio interrogatoria), e potenzialmente confliggente con altri arresti giurisprudenziali (tra cui Sez. II, 23 marzo 1977, n. 1141, secondo cui il giudice del merito può rilevare d'ufficio, in base alle prove esistenti nel processo, la mancata conclusione del contratto per difetto

d'incontro dei reciproci consensi, trattandosi della verifica dell'inesistenza di un elemento del diritto dedotto in giudizio e non dell'accertamento di un controdiritto, materia di eccezione in senso proprio).

Il Primo Presidente ha disposto l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

Acquisita la relazione dell'Ufficio del massimario, e depositate da entrambe le parti memorie illustrative, il ricorso è stato discusso all'udienza pubblica del 12 maggio 2015.

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

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

Questo principio di diritto ha dato vita ad un orientamento uniforme e consolidato nel tempo (*Omissis*).

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

Il fondamento dell'inquadramento dell'eccezione di inefficacia del contratto tra le eccezio-

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

3. La dottrina generalmente approva la soluzione della giurisprudenza.

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

Talaltra si rileva che, nella prospettiva normativa, il *dominus* si pone come arbitro delle sorti della fattispecie, in positivo e in negativo, potendo sia ratificare il negozio o farne al contrario dichiarare la definitiva inidoneità operativa (*Omissis*).

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

3.1. Questo indirizzo interpretativo, che riconduce l'inefficacia del contratto nei confronti della persona in nome della quale il falso rappresentante ha agito nel novero delle eccezioni riservate alla disponibilità dell'interessato, è stato messo, di recente, in discussione da alcune voci dottrinali, che ne hanno evidenziato la non coerenza con il criterio generale in tema di distinzione fra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato nel frattempo elaborato, con riguardo alle fattispecie estintive, modificative o impeditive, dalla giurisprudenza di queste Sezioni Unite, a partire dalla sentenza 3 febbraio 1998, n. 1099, fino alla ordinanza 7 maggio 2013, n. 10531, passando per la sentenza 27 luglio 2005, n. 15661.

In base a tale criterio distintivo, di norma, tutti i fatti estintivi, modificativi od impeditivi, siano essi fatti semplici oppure fatti-diritti che potrebbero essere oggetto di accertamento in un autonomo giudizio, sono rilevabili d'ufficio, e dunque rappresentano eccezioni in senso lato; l'ambito della rilevabilità a istanza di parte (eccezioni in senso stretto) è confinato ai casi

specificamente previsti dalla legge o a quelli in cui l'effetto estintivo, impeditivo o modificativo si ricollega all'esercizio di un diritto potestativo oppure si coordina con una fattispecie che potrebbe dar luogo all'esercizio di un'autonoma azione costitutiva.

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

Al riguardo si è rilevato che:

- (a) il codice civile non ha costruito la figura del contratto concluso dal rappresentante senza procura o travalicando i limiti della procura come una fattispecie temporaneamente vincolante anche per lo pseudo rappresentato, dotata quindi di un'efficacia precaria che questi possa rimuovere soltanto attraverso un recesso o un rifiuto eliminativo ovvero mediante l'esercizio, nel processo, con la proposizione dell'eccezione ad esso riservata, di un potere conformativo di scioglimento;
- (b) si è invece di fronte ad una non vincolatività che consegue automaticamente al difetto di legittimazione rappresentativa dello stipulante, secondo lo schema norma-fatto-effetto, e che non abbisogna, per dispiegarsi, dell'intermediazione necessaria dell'esercizio di un potere sostanziale rimesso al *falsus dominus*;
- (c) affinché lo stato originario di inefficacia resti immutato, e sia riscontrabile dal giudice, non è richiesta allo pseudo rappresentato alcuna iniziativa: egli non deve esercitare alcun diritto potestativo per liberarsi da un contratto che è già, per lui, privo di ogni effetto;
- (d) il legislatore ha sì previsto, in capo al falsamente rappresentato, la titolarità, esclusiva e riservata, di un diritto potestativo: ma questo diritto è quello di imputarsi il contratto realizzando, attraverso la ratifica, la condizione esterna di efficacia dello stesso, non quello di sciogliersi dal vincolo.

Si è inoltre evidenziato che se l'eccezione di inefficacia del contratto è sottratta al rilievo of-

ficioso, pur quando la carenza o l'eccesso di potere di chi ha agito come rappresentante emerga *ex actis*, e la parte interessata, in ragione di una preclusione processuale, non possa più sollevarla in appello, il risultato che si otterrebbe è la ratifica tacita retta dal principio dell'imputet sibi (*Omissis*).

Ma si tratterebbe – si è fatto notare – di un risultato contrario al diritto sostanziale. Se si attribuisse valore di una ratifica al silenzio mantenuto, rispetto alla domanda giudiziale, dall'interessato che sia rimasto contumace o abbia adottato una strategia processuale che non necessariamente sottende la volontà di fare proprio il contratto rappresentativo, ciò significherebbe, per un verso, far discendere da un comportamento processuale un effetto diametralmente opposto a quello che si sarebbe avuto con l'interpello ai sensi dell'art. 1399, quarto comma, c.c., e, per l'altro verso, ricollegare un effetto appropriativo del negozio (*Omissis*).

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

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

5. Ad avviso del Collegio, in tema di rappresentanza volontaria, la sussistenza del potere rappresentativo, con l'osservanza dei suoi limiti, costituisce una circostanza che ha la funzione specifica di rendere possibile che il contratto concluso dal rappresentante in nome del rappresentato produca direttamente effetto nei confronti del rappresentato: come tale, essa è

ricompresa nel nucleo della fattispecie posta a base della pretesa e integra un elemento costitutivo della domanda che il terzo contraente intenda esercitare nei confronti del rappresentato.

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

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

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

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

5.1. È il contesto di diritto sostanziale di riferimento, per come ricostruito dalla dottrina e declinato nelle regole applicative dagli orientamenti giurisprudenziali, che induce a questa soluzione.

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

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

Il contratto stipulato in difetto o in eccesso di rappresentanza non vincola il falsamente rappresentato verso il terzo, perché chi ha agito non aveva il potere di farlo. Si tratta di un contratto – non nullo e neppure annullabile – ma inefficace in assenza di ratifica (Sez. II, 15 dicembre 1984, n. 6584; Sez. I, 14 maggio 1997, n. 4258; Sez. II, 11 ottobre 1999, n. 11396; Sez. II, 7 febbraio 2008, n. 2860): il negozio stipulato, in rappresentanza di altri, da chi non aveva il relativo potere, è privo di ogni efficacia come tale, potendo acquistarla soltanto in seguito all'eventuale ratifica da parte dell'interessato (Sez. II, 26 novembre 2001, n. 14944). Il terzo contraente, pertanto, non ha titolo per esercitare nei confronti dello pseudo rappresentato l'azione di inadempimento (Sez. I, 29 agosto 1995, n. 9061) né quella per l'esecuzione del contratto (Sez. III, 23 marzo 1998, n. 3076). Talvolta si afferma anche che l'inefficacia (temporanea) discende dal fatto che il contratto concluso dal *falsus procurator* costituisce una fattispecie soggettivamente complessa o a formazione progressiva, un negozio in itinere o in stato di pendenza, destinato a perfezionarsi con la ratifica del *dominus* (Sez.

II, 8 luglio 1983, n. 4601; Sez. II, 17 giugno 2010, n. 14618). Ove la spendita del nome non trovi giustificazione nel potere di rappresentanza (si legge in Sez. I, 9 dicembre 1976, n. 4581) “il negozio non si può ritenere concluso né dal sostituto né dal sostituito ed è perciò improduttivo degli effetti suoi propri, configurando [...] una fattispecie negoziale in itinere, al cui perfezionamento è necessario, ai sensi dell’art. 1399 c.c., l’ulteriore elemento della ratifica, solo in conseguenza della quale il regolamento diventa retroattivamente impegnativo anche per il *dominus*”; “il contratto – *medio tempore*, cioè tra il momento della conclusione e quello della ratifica – è in stato di quiescenza” (Sez. I, 24 giugno 1969, n. 2267).

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

Si afferma, infatti, che, poiché il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell’interesse del rappresentato produce, a norma dell’art. 1388 c.c., direttamente i suoi effetti nei confronti di quest’ultimo solo in quanto il rappresentante abbia agito nei limiti delle facoltà conferitegli, ove il rappresentato neghi di avere rilasciato l’invocata procura, spetta al terzo che ha contrattato con il rappresentante l’onere di provare l’esistenza e i limiti della procura (*Omissis*).

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

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

– (a) in linea di principio, per la formulazione di tale deduzione difensiva il codice di procedura civile non prevede alcuna specifica limitazione temporale (*Omissis*);

– (b) peraltro, la circostanza che l’interessato, costituito nel processo, ometta di prendere posizione circa la sussistenza del potere rappresentativo allegato dall’avversario a sostegno della propria domanda, o comunque ometta di contestare specificamente tale fatto, costituisce un comportamento processuale significativo e

rilevante sul piano della prova del fatto medesimo, determinando, in applicazione del principio di non contestazione (per cui v., ora, l’art. 115, primo comma, c.p.c.), una *relevatio ab onere probandi*;

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

– (b2) il mero difetto di contestazione specifica, ove rilevante, non impone in ogni caso al giudice un vincolo assoluto (per così dire, di piena conformazione), obbligandolo a considerare definitivamente come provata (e quindi come positivamente accertata in giudizio) la legittimazione rappresentativa non contestata, in quanto il giudice può sempre rilevare l’inesistenza del fatto allegato da una parte anche se non contestato dall’altra, ove tale in esistenza emerga dagli atti di causa e dal materiale probatorio raccolto (*Omissis*);

– (c) allorché la mancanza del potere rappresentativo sia acquisita agli atti, di essa il giudice può tenere conto anche in assenza di una specifica deduzione della parte interessata, giacché la sussistenza dei fatti costitutivi della domanda deve essere esaminata e verificata dal giudice anche d’ufficio (*Omissis*).

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

8. Conclusivamente, deve essere affermato il seguente principio di diritto: «Poiché la sussistenza del potere rappresentativo in capo a chi ha speso il nome altrui è elemento costitutivo della pretesa che il terzo contraente intenda far valere in giudizio sulla base di detto negozio, non costituisce eccezione, e pertanto non ricade nelle preclusioni previste dagli artt. 167 e

345 c.p.c., la deduzione della inefficacia per lo pseudo rappresentato del contratto concluso dal *falsus procurator*; ne consegue che, ove il difetto di rappresentanza risulti dagli atti, di esso il giudice deve tener conto anche in mancanza di specifica richiesta della parte interessata, alla quale, a maggior ragione, non è preclusa la possibilità di far valere la mancanza del potere rappresentativo come mera difesa».

9. (*Omissis*) Da ciò consegue l'inefficacia, ai sensi dell'art. 1398 c.c., del patto di compensazione collaterale ai contratti di compravendita immobiliare.

Ha tuttavia errato la Corte d'appello a ritenere che l'inefficacia del patto di compensazione fosse deducibile solo con eccezione di parte (non sollevata nella specie tempestivamente, nel rispetto delle ordinarie preclusioni processuali, dalla cessionaria R.).

Poiché la sussistenza del potere rappresentativo in capo a chi ha stipulato il contratto spendendo il nome altrui è elemento costitutivo della pretesa che il terzo contraente intenda far valere in giudizio sulla base di detto negozio, ben poteva il Tribunale, senza incorrere in extrapetizione, rilevare dalla documentazione risultante dagli atti la mancanza in capo ai procuratori speciali di poteri ulteriori rispetto a quelli necessari per concludere il negozio traslativo ("non risulta[ndo] ... che i poteri rappresentativi conferiti da A. F. ai propri procuratori coprissero alcun pagamento di debito altrui e quindi la possibilità, per H.V., di procedere alla 'compensazione' come in effetti attuata").

(*Omissis*)

Quanto, poi, al profilo della mancata sottoposizione al contraddittorio delle parti, da parte del Tribunale, della "eccezione", rilevata d'ufficio, della carenza dei poteri dei rappresentanti, si tratta di questione ormai preclusa, ex art. 161, primo comma, c.p.c. (*Omissis*); e si tratta, prima ancora, di deduzione che non ha ragion d'essere, posto che non è decisione "a sorpresa" il rilievo, da parte del giudice, della mancata prova di un elemento costitutivo del diritto azionato dalla parte.

9.2.1. Nella memoria illustrativa, la difesa della controricorrente H.V. deduce ulteriormente che la cessionaria avrebbe "inequivocabilmente posto in essere un comportamento incompatibile con il disconoscimento della sua

qualità di destinatario degli effetti contrattuali" ed avrebbe "finito per esercitare il potere di ratificare (*Omissis*)".

Si tratta di rilievo non condivisibile.

Invero, di ratifica tacita può parlarsi solo ove l'atto o il comportamento, da cui risulti in maniera chiara la volontà di fare proprio il negozio concluso dal *falsus procurator*, provenga dall'interessato o dai suoi eredi (art. 1399, primo e ultimo comma, c.c.). Nella specie, invece, il comportamento processuale a cui si vorrebbe dare rilevanza è quello del cessionario del credito derivato al cedente da un precedente contratto, quindi di un acquirente a titolo particolare dal *dominus*, al quale non spetta la facoltà di ratifica. (*Omissis*)

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, dichiara inammissibile il secondo e assorbito l'esame del terzo; cassa la sentenza impugnata in relazione alla censura accolta e rinvia la causa, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla Corte d'appello di Trento, sezione distaccata di Bolzano, in diversa composizione. (*Omissis*)

[ROVELLI *Presidente* – GIUSTI *Estensore* – APICE *P.M.* (concl. conf.). – J. R. (avv.ti Manferoce, Conso, Malossini) – H. V. Leasing s.p.a. (avv.ti Sassani, Senoner, Mazzeo)]

Nota di commento: «La rilevanza d'ufficio del difetto di rappresentanza» [★]

I. Il caso

La società H. ha concluso due contratti di compravendita immobiliare con C. e Ch. F., in qualità di rappresentanti, muniti di procura, dell'alienante A.F.

Tuttavia, l'acquirente non ha versato l'intero prezzo della vendita, ma, d'accordo con i rappresentanti di A.F., da un lato, ha trattenuto una parte del prezzo in ragione della intervenuta compensazione con i debiti personali di A.F.; dall'altro lato, ha omesso di corrispondere anche il residuo prezzo della vendita in ragione dell'accordo di compensazione dei crediti nei confronti di società terze facenti capo allo stesso alienante A.F.

[★] **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

In qualità di cessionaria del credito, J. ha agito nei confronti della società per il pagamento del corrispettivo del prezzo, limitandosi a dedurre la illegittimità della compensazione perché relativa a situazioni giuridiche facenti capo a soggetti diversi (le società).

Il Tribunale, rilevando d'ufficio l'eccesso di potere rappresentativo di C. e Ch.F. rispetto alla conclusione del contratto di compravendita, ha dichiarato la inefficacia dell'accordo compensativo collaterale alla compravendita.

La sentenza in commento richiama le ulteriori vicende del processo nonché i problemi posti dalla decisione di secondo grado e dalla ordinanza di rimessione.

Ad avviso della Corte, la legittimazione rappresentativa perfeziona il contratto, integrando la fattispecie e così determinando la produzione di effetti direttamente nei confronti del rappresentato. Essa si spiegherebbe come «coelemento di struttura» della fattispecie, al pari dell'accordo e della spendita del nome altrui, secondo il tenore dell'art. 1388 cod. civ. Con la conseguenza che incombe sul terzo che invochi la efficacia del contratto l'onere di provare l'esistenza e i limiti della procura.

La Corte ne fa discendere che la «deduzione della inefficacia del contratto stipulato in suo nome da un rappresentante senza poteri rappresentati, pertanto, non una eccezione, ma mera difesa, con la quale il convenuto non estende l'oggetto del processo al di là del diritto fatto valere dall'attore, né allarga l'insieme dei fatti rilevanti allegati al giudizio». Su questa linea, per le sezioni unite la deduzione di inefficacia del contratto non è soggetta al regime delle preclusioni; in mancanza di contestazione si darebbe una *relevatio ab onere probandi*; sicché, risultando dagli atti, il difetto di potere potrebbe e dovrebbe rilevarsi d'ufficio.

La pronuncia in commento *si pone in netto contrasto con il precedente consolidato orientamento*. Donde la necessità di vagliare le contrapposte posizioni intorno al *criterio distintivo tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato, elaborato dalla recente giurisprudenza relativamente alle fattispecie impeditive, modificative o estintive*. Con particolare riguardo alla *qualificazione del difetto del potere rappresentativo, quale fatto impeditivo oppure costitutivo*; onde spiegare la conseguente disciplina processuale.

II. Le questioni

1. IL CONTRASTO CON IL PRECEDENTE ORIENTAMENTO. L'ordinanza di rimessione ha rilevato l'assenza di una «giustificazione logico-giuridica» del consolidato orientamento secondo cui la inefficacia del contratto concluso dal *falsus procurator* non è ri-

levabile d'ufficio. Non si tratterebbe di inefficacia ma di «inesistenza del vincolo giuridico a carico dello pseudo rappresentato», confermata dalla possibilità di ratifica e di *actio interrogatoria* e, come tale, rilevabile d'ufficio.

La pronuncia delle sezioni unite ha vulnerato la consolidata giurisprudenza che riversa sulla parte, e segnatamente sul falso rappresentato, l'onere di eccepire l'inefficacia del contratto concluso in difetto o in eccesso di rappresentanza. Il difetto di rappresentanza configurerebbe, secondo questa linea, una causa di (mera) inefficacia e rifluirebbe perciò stesso nel novero delle eccezioni in senso stretto, non invocabili dal terzo contraente né rilevabili d'ufficio dal giudice; esse sono previste a tutela del solo falso rappresentato (cfr., *ex multis*, CASS., 23.1.1980, n. 570; CASS., 14.5.1997, n. 4258; CASS., 26.2.2004, n. 3872, tutte *infra*, sez. III). Tale linea logica riposa sulla «inefficacia asimmetrica» del contratto concluso dal falso rappresentante; negozio che, da un lato vincola il terzo contraente; dall'altro, è improduttivo di effetti per il falso rappresentato (cfr., *ex multis*, CASS., 11.10.1999, n. 11396; CASS., 17.6.2010, n. 14618, entrambe *infra*, sez. III). Si tratta di inefficacia «temporanea» o «provvisoria» insuscettibile di rilevanza officiosa e rimessa all'*onus exceptionis* dell'interessato (il *falsus dominus*). Soltanto lo pseudo rappresentato parrebbe legittimato a dolersi della falsa spendita di potere; all'altro contraente spetterebbe il solo risarcimento del danno per avere confidato senza colpa nella validità (*i.e.* efficacia) del contratto.

L'indirizzo trova conferma anche nella dottrina prevalente, che riconduce l'*onus exceptionis* a varie e convergenti *rationes*. Da un lato, si registrerebbe una priorità logica nella tutela degli interessi dello pseudo rappresentato rispetto a quelli del terzo contraente; vi sarebbe poi una legittimazione esclusiva alla azione dichiarativa di inefficacia; o, ancora, l'assenza di un vincolo contrattuale in capo all'interessato che giustificerebbe la proposizione della relativa eccezione (cfr. SACCO-DE NOVA, 187; GAZZONI, 1059; ROPPO, 296, tutti *infra*, sez. IV).

Sicché, ove il rappresentato non sollevi l'eccezione o sia decaduto dal termine, il giudice non potrebbe rilevare la inefficacia del contratto anche ove dagli atti di causa emerga la prova del difetto di legittimazione rappresentativa e di successiva ratifica.

Su questa linea, l'art. 2697 cod. civ. avrebbe riguardo alla disciplina della domanda oltre che a quella della prova. L'art. 2697, comma 2°, cod. civ. implicherebbe, non soltanto l'onere di provare, bensì anche quello di eccepire «l'inefficacia» dei fatti dedotti dall'attore. Con la conseguenza che tutti i casi di inefficacia rifluirebbero nella eccezione del convenuto sfuggendo alla domanda dell'attore.

Alla luce di tale lettura, l'inefficacia del contratto concluso in difetto di potere rappresentativo dovrebbe essere eccepita dal falso rappresentato. Non si tratterebbe di invalidità; né avrebbe rilevanza la qualificazione del potere di rappresentanza alla stregua di elemento strutturale del negozio, perché la norma implicherebbe che qualsiasi causa inefficacia del titolo (vantato dall'attore) deve essere eccepita e provata dall'altra parte. Da un lato, la eccezione di inefficacia costituirebbe sempre onere del convenuto e il fatto sarebbe qualificato alla stregua di fatto impeditivo; dall'altro, si tratterebbe di eccezione in senso stretto, giacché l'*onus exceptionis* della inefficacia graverebbe sul solo convenuto e il giudice non potrebbe rilevarla d'ufficio neppure nel caso in cui la esistenza del fatto risulti *ex actis*.

2. IL PRINCIPIO GENERALE DELLA C.D. RILEVABILITÀ OFFICIOSA. Non mancano linee di segno opposto. Si muove dalla evoluzione di giurisprudenza in materia di eccezioni (*infra*, sez. II e III) e dalla esigenza che il giudice pronunzi una «sentenza giusta», superando il rigido formalismo del regime delle domande (in tale senso, PAGLIANTINI, *L'eccezione*, 1432; VETTORI, 154, entrambi *infra*, sez. IV, in giurisprudenza, v. CASS., 27.6.2014, n. 14688, *infra*, sez. III).

Secondo tale angolatura, tutti i fatti estintivi, modificativi e impeditivi sarebbero rilevabili d'ufficio, se risultanti dal processo, salvo che vi sia una disposizione di legge in senso contrario (o salvo che si ricolleghino all'esercizio di un'autonoma azione costitutiva). La qualifica di eccezione in senso stretto difetterebbe di una «motivazione logico-giuridica» (v., ancora, CASS., 27.6.2014, n. 14688, cit.). In assenza di una precisa disposizione normativa, sarebbe infondato trarre *a contrariis* dalla norma di cui all'art. 1421 cod. civ. (che ha riguardo al contratto nullo) la rilevabilità su istanza di parte del contratto inefficace per mancanza di legittimazione rappresentativa.

Dovrebbe poi escludersi che la deduzione della inefficacia corrisponda all'esercizio di un diritto potestativo con cui il rappresentato si scioglie dal contratto, giacché non è dato isolare nei suoi confronti alcun vincolo. Mancherebbe, sotto questa luce, una norma che associ al contratto concluso dal *falsus procurator* un rapporto provvisorio per lo pseudo rappresentato; questi non è chiamato a nessun atto per far determinare o far valere l'inefficacia, perché il contratto è nei suoi confronti *ab origine* privo di effetti.

D'altronde, ove il difetto di rappresentanza emergesse *ex actis* e l'interessato colpito dalla preclusione non possa più rilevarla, il negozio diverrebbe produttivo di effetti in ragione di una sorta di ratifica tacita. Tale esito sarebbe «contrario al diritto sostanziale»; «da un comportamento processuale» discen-

derebbe «un effetto diametralmente opposto a quello che si sarebbe avuto con l'interpello», giacché il silenzio equivarrebbe a negazione della ratifica.

Tali considerazioni sarebbero sufficienti, secondo il più recente orientamento, a configurare la eccezione quale eccezione in senso lato, cioè eccezione rilevabile *ex officio* (*melius*, mera difesa), anche in appello.

Il mutato indirizzo, oggi adottato dalla nostra sentenza, si fonda su una rimediazione nozione di eccezione. Lungo una linea tracciata già da CASS., sez. un., 3.2.1998, n. 1099, *infra*, sez. III, la Corte ha aderito al concetto di eccezione inteso quale «*contrapposizione di quei fatti che, senza escludere la sussistenza del rapporto implicato dalla domanda sono tuttavia tali che, in loro presenza, risulti accordato al convenuto (...) una potestà esercitabile al fine di far venir meno il diritto dell'avversario*». In ordine alla disciplina processuale, la distinzione fra le eccezioni rilevabili dal giudice o dalla parte riposa sulla interpretazione dell'art. 112 cod. proc. civ., intesa quale norma di rinvio alle disposizioni che prevedono caso per caso l'iniziativa della parte.

Alcune pronunce hanno allora predicato la rilevabilità d'ufficio dell'eccezione come regola generale (v. CASS., sez. un., 3.2.1998, n. 1099 e CASS., sez. un., 7.5.2013, n. 10531, *infra*, sez. III). Tutti i fatti estintivi, modificativi ed impeditivi, suscettibili di accertamento in un autonomo giudizio, sarebbero rilevabili d'ufficio, salvo contraria ed espressa previsione di legge (o «*si dia riguardo all'esercizio di un diritto potestativo*»).

La pronuncia in commento muove da tale concetto di eccezione per concludere che quella di inefficacia del contratto del falso rappresentante costituisce una «*mera difesa, con cui il convenuto non estende l'oggetto del processo (...) né allarga l'insieme dei fatti rilevanti allegati al giudizio*». Il difetto del potere rappresentativo non configurerebbe un fatto impeditivo, come tale oggetto di eccezione. La sussistenza del potere rappresentativo è, piuttosto, un fatto costitutivo, sottoposto al vaglio del giudice. L'assenza di potere rappresentativo implicherebbe il difetto non già di un «presupposto di efficacia» (che «neutralizza una fattispecie già completa»: fatto impeditivo), bensì di un «co-elemento di struttura» della fattispecie, produttiva di effetti negoziali diretti nei confronti del rappresentato: fatto costitutivo. Ne segue che la rilevazione della inefficacia degraderebbe da eccezione a mera contestazione, la quale prescinde da un'iniziativa di parte.

Il profilo dell'inefficacia (come eccezione o come difesa) postula un'indagine sul concetto di fatto impeditivo e di fatto costitutivo meritevole di approfondimenti estranei all'economia di queste pagine.

Giova qui notare come, secondo l'art. 1399 cod.

civ., il contratto del *falsus procurator* parrebbe produttivo di effetti per il solo terzo contraente (NATOLI, 127, *infra*, sez. IV; GAZZONI, 1059; invece, PAGLIANTINI, *L'eccezione*, 1431 si riferisce alla produzione di effetti, ma non di quelli tipici che discendono dal contratto). Quest'ultimo ha facoltà di sciogliere il contratto d'accordo con il *falsus procurator*; ma non potrebbe recedere unilateralmente fino al momento della ratifica; ed è assoggettato al potere di ratifica del falso rappresentato, salvo interpellato (c.d. efficacia asimmetrica del contratto).

A ben vedere, il falso rappresentato è estraneo (terzo) alla conclusione del contratto stipulato dal *falsus procurator*. Non è sufficiente la mera *contemplatio domini* perché il *falsus dominus* divenga parte del rapporto negoziale, ma è necessario il conferimento dei poteri rappresentativi nella forma (originaria) della procura oppure (successiva) della ratifica.

Secondo l'art. 1388 cod. civ. requisiti del contratto concluso con rappresentanza sono, oltre al titolo, la spendita del nome altrui e il conferimento dei poteri rappresentativi (mediante procura).

Ne discende che il difetto di rappresentanza si presterebbe ad essere qualificato come mancanza del fatto costitutivo o come fatto impeditivo.

La soluzione dovrebbe poi coordinarsi con l'art. 2697 cod. civ., secondo il quale, di regola, la prova dei fatti costitutivi del proprio diritto spetta a chi vuole farlo valere in giudizio (all'attore); mentre, quella della inefficacia dei fatti costitutivi oppure quella dei fatti estintivi o modificativi spetta a colui che propone l'eccezione. Giova rilevare che la norma non menziona i fatti impeditivi (le cui definizione e autonomia concettuale sono questioni assai discusse: v., tra molti, FINZI, 333; SACCO, 405; CONSO, 113; FALZEA, *Il soggetto nel sistema*, 12; GRASSO, 95, tutti *infra*, sez. IV).

In proposito, potrebbe ipotizzarsi che la norma faccia riferimento alla sola prova e non anche alla domanda di parte, nel senso che l'attore e il convenuto dovrebbero limitarsi a provare, rispettivamente, i fatti costitutivi e quelli modificativi ed estintivi. Tuttavia, il giudice dovrebbe considerare provato il fatto che, ancorché non dedotto in precisa allegazione di parte, risulti comunque rappresentato dalle prove in atti (sull'onere della prova, v. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Jovene, 1974, 112 e spec. 181 sul «problema del fatto impeditivo sotto il profilo sistematico»; in giurisprudenza, CASS., sez. un., 3.2.1998, n. 1099, cit.). Come confermerebbe la interpretazione dell'art. 112 cod. proc. civ., che attribuirebbe al giudice il potere di pronunciare d'ufficio sulle eccezioni che non siano *ex lege* rilevabili solo ad istanza di parte.

Secondo tale chiave di lettura, inteso come componente essenziale del contratto concluso dal rap-

presentante, il potere rappresentativo parrebbe configurare elemento costitutivo del diritto con conseguente onere di prova a carico di colui che voglia farlo valere (qui, il terzo contraente, che sarebbe onerato della prova della procura, da opporre al rappresentato). D'altra parte, se dagli atti di causa risultasse non provato il potere di rappresentanza, il giudice potrebbe comunque rilevarne l'inesistenza a prescindere dalla specifica domanda di parte.

Alla medesima conclusione si perverrebbe anche ove si qualificasse la carenza di rappresentanza come fatto impeditivo della efficacia del contratto, dal momento che, secondo la chiave di lettura proposta, l'art. 2967 cod. civ. si limiterebbe a dettare la disciplina della prova: si tratterebbe allora di eccezione rilevabile di ufficio. Più precisamente, la carenza di rappresentanza precluderebbe la formazione del fatto impeditivo. Il riferimento al caso di specie può essere chiarificatore. In astratto la eccezione di compensazione è idonea a resistere alla pretesa dell'attore. Al contrario, il difetto di rappresentanza rende la compensazione inefficiente; dunque, inadeguata a configurare il fatto impeditivo (*melius*, estintivo!). In tal senso, lungi dal configurare un elemento costitutivo della domanda, il potere rappresentativo sembrerebbe piuttosto un elemento preclusivo del fatto impeditivo (o di un fatto parzialmente estintivo: giacché nel caso di specie si tratta di carenza di rappresentanza del patto collaterale di compensazione). Con la conseguenza che, a fronte di una lettura coerente dell'art. 2697 cod. civ. e 112 cod. proc. civ., la pronuncia di accoglimento della domanda avrebbe dovuto trovare giustificazione nella mancata prova del fatto impeditivo e non anche nel rilievo della assenza di un elemento costitutivo del diritto, su cui si fonda la eccezione del convenuto.

3. Segue: DIFETTO DI PROCURA E FATTO COSTITUTIVO. Altra chiave ermeneutica riposerebbe sull'interpretazione restrittiva dell'art. 2697 cod. civ. La norma attribuisce a chi vuol far valere un diritto in giudizio l'onere di (allegare e) provare i fatti che ne costituiscono il «fondamento». Prima di considerare allora quali siano il contenuto e i limiti della eccezione, il legislatore statuisce che debbano essere allegati e provati tutti i fatti costitutivi che attengono al «nucleo centrale della fattispecie» (FALZEA, *La condizione*, 185; ORLANDI, *Pactum*, 168, entrambi *infra*, sez. IV). Si tratta ancora di stabilire se il difetto di rappresentanza configuri fatto costitutivo oppure impeditivo. Come si è rilevato, il contratto concluso dal falso rappresentante produce effetti nei confronti del (terzo) contraente e non anche nei confronti del falso rappresentato. Quest'ultimo è il vero «terzo» del negozio, rimanendo estraneo alla convenzione. Il regime processuale della allegazione

e della prova di cui all'art. 2697 cod. civ. esigerebbe quindi che il terzo contraente non possa far valere il proprio diritto nei confronti del falso rappresentato allegando e provando la conclusione del contratto. In effetti, il titolo costitutivo del diritto è rappresentato dal contratto, dalla spendita del nome del rappresentato e dal potere di rappresentanza (*i.e.* dalla procura). In mancanza di tale ultimo elemento, il giudice si troverebbe ad apprezzare un titolo originariamente inefficiente (FALZEA, voce «Efficacia giuridica», 483, *infra*, sez. IV) perché non compiutamente formato. Il contratto sarebbe bensì valido, ma originariamente e radicalmente improduttivo di effetti nei confronti del «terzo» falso rappresentato. Né pare sufficiente la spendita del nome del falso rappresentato perché questi risenta degli effetti del contratto; anzi, la *contemplatio domini* unitamente alla mancanza della procura renderebbe evidente al giudice che si tratta di titolo inefficiente *ab origine*. Dalla mancanza di corrispondenza tra la spendita del nome e la assenza di procura emerge la scissione tra le parti del rapporto e le parti dell'atto.

D'altra parte, il secondo comma dell'art. 2967 cod. civ. dovrebbe leggersi con riferimento alla «inefficacia sopravvenuta». I fatti modificativi, estintivi o relativi alla inefficacia di quelli costitutivi sarebbero da intendere come fatti sopravvenuti; cioè fatti che colpiscono un titolo già formato e completo sin dall'origine. Soltanto laddove il titolo si sia già formato, il convenuto sarebbe tenuto ad allegare e provare i fatti estintivi, modificativi o relativi alla inefficacia dei fatti costitutivi.

Dunque, dalla norma sull'onere della prova e dalla qualifica del difetto di rappresentanza discenderebbe che colui che agisce in giudizio debba dimostrare l'esistenza della classe dei fatti del diritto che intenda fare valere, secondo un principio che potrebbe designarsi del «titolo sufficiente».

Sotto questa luce, la rappresentanza sarebbe allora da includere fra i fatti costitutivi in quanto elemento del titolo fatto valere dal contraente nei confronti del falso rappresentato (terzo rispetto al rapporto negoziale). Il difetto di rappresentanza si tradurrebbe in assenza di uno degli elementi costitutivi e il giudice si troverebbe di fronte ad un titolo inefficiente (il contratto del *falsus procurator*). Il giudice sarebbe tenuto a rilevare la carenza di uno degli elementi del titolo posto a fondamento del diritto dell'attore. Perderebbe allora di rilevanza la qualificazione di eccezione e la relativa distinzione tra eccezioni in senso proprio e in senso stretto.

III. I precedenti

1. IL CONTRASTO CON IL PRECEDENTE ORIENTAMENTO. La giurisprudenza ha costantemente affer-

mato che quello concluso dal *falsus procurator* è un negozio perfetto, sebbene privo di efficacia (cfr., *ex plurimis*, Cass., 23.1.1980, n. 570, in *Riv. notar.*, 1980, 882; Cass., 14.5.1997, n. 4258, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2001 e Cass., 26.2.2004, n. 3872, in *Rass. loc. cond.*, 2004, 577). Su questa linea, il difetto di potere configura eccezione in senso stretto perché prevista a tutela del falso rappresentato e riservata esclusivamente alla sua iniziativa (o a quella dei suoi eredi). Tale ricostruzione si fonda sulla circostanza che, non vertendosi in ipotesi di nullità, non soccorre la regola dettata dall'art. 1421 cod. civ. Con la conseguenza che, proprio perché non si tratta di nullità, l'inefficacia del contratto non è rilevabile d'ufficio, ma soltanto su eccezione di parte. Legittimato a sollevare l'eccezione, cioè a dolersi dell'operato di colui che abbia stipulato il contratto come rappresentante senza averne i poteri, è esclusivamente lo pseudo rappresentato, non anche l'altro contraente, al quale compete eventualmente solo il risarcimento del danno per avere confidato senza colpa nell'operatività del contratto.

Sul punto, si è rilevato che il giudice che dichiara la semplice inefficacia del negozio non incorre in vizio di ultrapetizione ove la parte, *i.e.* il terzo contraente, allegando la mancanza di potere rappresentativo, invochi la nullità del contratto concluso dal *falsus procurator*. Infatti, è stato ritenuto che l'inefficacia «costituisce un minus rispetto alla nullità ed in essa può ritenersi virtualmente compresa» (così, Cass., 7.2.2008, n. 2860, in *Riv. notar.*, 2008, 233).

La inefficacia «asimmetrica», cioè la improduttività di effetti nei soli confronti del falso rappresentato (il terzo contraente parrebbe essere vincolato ai sensi dell'art. 1399 cod. civ.) è rivolta a tutela della sfera giuridica della persona in nome della quale il *procurator* ha agito. L'art. 1398 cod. civ. accorda al terzo soltanto il diritto al risarcimento dei danni sofferti per avere confidato senza propria colpa nell'operatività del contratto (*ex multis*, Cass., 11.10.1999, n. 11396, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce «Rappresentanza nei contratti», n. 14; Cass., 17.6.2010, n. 14618, *ivi*, 2010, voce cit., n. 10).

Una recente pronuncia ha tuttavia rilevato l'esigenza di sottoporre ad un riesame il consolidato orientamento (così, Cass., 27.6.2014, n. 14688, in *cortedicassazione.it*). La revisione dell'indirizzo sarebbe confortata dagli sviluppi della giurisprudenza che afferma la rilevanza d'ufficio della mancata conclusione del contratto nel diverso caso di «difetto di incontro dei reciproci consensi» qualora emerga dal processo. Infatti, la somiglianza fra i due casi riponderebbe sull'accertamento «dell'inesistenza di un elemento del diritto dedotto in giudizio e non (...) di un contro-diritto», che è oggetto di eccezione in senso proprio (tra cui Cass., 23.3.1977, n. 1141, in

Dejure.it e Cass., 5.11.1981, n. 5823, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1734).

La tesi dell'inesistenza verrebbe suffragata dall'esame dell'interpello e della ratifica di cui all'art. 1399 cod. civ.; quello e questa implicano una presa di posizione del rappresentato, sicché prima di essa deve escludersi qualsiasi vincolo nei suoi confronti.

2. IL PRINCIPIO GENERALE DELLA C.D. RILEVABILITÀ OFFICIOSA. La formulazione del generale principio della rilevabilità d'ufficio delle eccezioni si deve a Cass., sez. un., 3.2.1998, n. 1099, in *Danno e resp.*, 1998, 497.

La precedente giurisprudenza (tra cui, Cass., 28.7.2003, n. 11588, in *Foro it.*, 2004, I, 1882), che predicava la necessaria allegazione dei fatti su cui si fonda la contro-eccezione, è stata superata da pronunce (come ad esempio Cass., sez. un., 27.7.2005, n. 15661, *ivi*, 2005, I, 2659, che ha pronunciato sulla rilevabilità d'ufficio della eccezione di interruzione della prescrizione) che hanno ritenuto sufficiente che i fatti risultassero da prove acquisite agli atti non essendo necessaria la specifica allegazione. L'indirizzo (confermato, con riferimento alla eccezione di beneficio di inventario, anche da Cass., sez. un., 7.5.2013, n. 10531, *ivi*, 2013, I, 3500) ha così ritenuto rilevabili d'ufficio anche in appello le eccezioni in senso lato che risultino documentate *ex actis*.

Già la prima di queste pronunce segnalava il problema esegetico posto dall'art. 112 cod. proc. civ. e relativo alla individuazione dei casi in cui la fattispecie impeditiva, modificativa o estintiva potesse essere rilevata solo dalla parte. La rilevabilità di ufficio delle eccezioni costituirebbe una regola generale che riposerebbe sulla lettura della norma di cui all'art. 112 cod. proc. civ., sui lavori preparatori, sulla necessità di corrispondenza fra la realtà storica indicata dall'attore e risultante dagli atti e il rispetto del sistema delle preclusioni e, infine, sul ritenuto rispetto del principio della domanda (così, Cass., sez. un., 3.2.1998, n. 1099, cit.). La rilevabilità ad istanza di parte è stata circoscritta alle sole eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva e ai casi individuati dalla legge.

3. Segue: DIFETTO DI PROCURA E FATTO COSTITUTIVO. La giurisprudenza maggioritaria qualifica quello concluso dal *falsus procurator* come un negozio a formazione progressiva che produce i suoi effetti con la ratifica (*ex multis*, Cass., 8.7.1983, n. 4601, in *Rep. Giur. it.*, 1983, voce «Obbligazioni e Contratti», n. 374 e Cass., 17.6.2010, n. 14618, cit.). Si tratterebbe di una fattispecie soggettivamente complessa a formazione successiva, la quale si perfezionerebbe con la ratifica del *dominus*. Ancorché in alcune pronunce è definita «condizione legale», la ratifica parrebbe essere intesa come elemento inter-

no relativo al perfezionamento della fattispecie, piuttosto che come condizione in senso tecnico, cioè elemento esterno relativo alla efficacia della fattispecie (v. Cass., 26.2.2004, n. 3872, cit.). Il negozio *in itinere* non sarebbe invalido, bensì inefficace nei confronti del rappresentato sino alla ratifica.

Tale indirizzo ha solitamente riservato l'*onus exceptionis* alla iniziativa dello pseudo-rappresentato, non già all'altro contraente, il quale, ai sensi dell'art. 1398 cod. civ., può chiedere al *falsus procurator* soltanto il risarcimento dei danni sofferti per aver confidato senza propria colpa nella efficacia del contratto.

Merita di essere segnalata la recente pronuncia, successiva a quella delle sezioni unite (Cass., 13.7.2015, n. 14583, in *dejure.it*), in punto di eccezione di inefficacia del contratto rilevabile solo su eccezione del falso rappresentato. Tuttavia una più recente sentenza ha confermato il nuovo indirizzo tracciato dalle sezioni unite (Cass., 30.7.2015, n. 16162, in *www.cortedicassazione.it*).

IV. La dottrina

1. IL CONTRASTO CON IL PRECEDENTE ORIENTAMENTO. La qualificazione del contratto del falso rappresentante è oggetto di incessante lavoro concettuale per dottrina e giurisprudenza (ROPP, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da IUDICA e ZATTI, Giuffrè, 2001, 296).

Una parte della dottrina lo ha reputato invalido: annullabile (MINERVINI, *Eccesso di procura del rappresentante e responsabilità del dominus*, in *Foro it.*, 1947, I, 380) o nullo (DE MARTINI, *Nullità, annullabilità, inefficacia e mancato perfezionamento del negozio nella rappresentanza senza procura*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, III, 828 ss., per il quale mancherebbe un elemento essenziale di validità del negozio; MIRABELLI, voce «Ratifica (diritto civile)», nel *Noviss. Digesto it.*, XIV, Utet, 1967, 883; si tratterebbe di nullità relativa per difetto di rappresentanza ad avviso di BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, nel *Trattato Vassalli*, XV, Utet, 1960, 598; *contra*, GIROLAMI, *sub art.* 1398, in *Dei contratti in generale*, a cura di NAVARRETTA e ORESTANO, Utet, 2012, III, 149, il quale eccepisce che lo pseudo-rappresentato non è mai stato parte contrattuale).

L'indirizzo prevalente afferma l'inefficacia del contratto concluso dal *falsus procurator* nei confronti del falso rappresentato [AURICCHIO, *L'art. 1399 c.c. e il recesso del terzo*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, II, 39 38; NATOLI, *La rappresentanza*, Giuffrè, 1977, 124; MESSINEO, *La sorte del contratto stipulato dal rappresentante apparente («falsus procurator»)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, 410; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Utet, 1993, 187; GAZZONI, *Manuale di*

diritto privato, Esi, 2013, 1060]. L'inefficacia non sarebbe rilevabile d'ufficio né potrebbe esser fatta valere dal terzo contraente. L'istituto della falsa rappresentanza tutela gli interessi dello pseudo rappresentato e ciò giustificerebbe la riserva della eccezione alla sua esclusiva iniziativa.

Per alcuni autori, la disciplina realizzerebbe il contemperamento fra gli interessi del terzo contraente e quelli del preteso rappresentato (BRUSCUGLIA-GIUSTI, voce «Ratifica (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, XXXVIII, Giuffrè, 1987, 693). Il regime della eccezione sarebbe così coerente con la disciplina dell'istituto, che attribuisce al falso rappresentato un ruolo centrale. Lo pseudo rappresentato può fare propri gli effetti del contratto concluso attraverso la ratifica oppure può farne dichiarare la definitiva inidoneità operativa. Diversamente dalla disciplina della eccezione della nullità, che occupa una dimensione statica, la eccezione dello pseudo rappresentato si inserirebbe in una vicenda instabile e fluida, perché l'assenza del vincolo è recuperabile *ad libitum* dall'interessato.

Inoltre, il terzo contraente non potrebbe agire per fare dichiarare la inefficacia, posto che egli è vincolato dal contratto concluso, salvo scioglimento del contratto *ex art.* 1399 cod. civ.

Infine, la natura di eccezione in senso stretto trova conferma nella legittimazione ad agire del solo rappresentato per fare valere l'inefficacia del contratto.

Di contro, altra parte della dottrina muove dal mutato quadro giurisprudenziale e fa riferimento alla eccezione in senso lato. L'indirizzo fonderebbe, innanzitutto, sul fatto che l'inefficacia relativa di cui all'art. 1398 cod. civ. impedirebbe il sorgere di un vincolo contrattuale e non costituirebbe un diritto potestativo del falso rappresentato. Inoltre, se la carenza di potere rappresentativo emerge dagli atti del processo, ma non può essere eccepita a causa di una preclusione processuale, non rilevarla condurrebbe ad una decisione non giusta (così PAGLIANTINI, *Nuovi profili del diritto dei contratti*, Giappichelli, 2014, 294; ID., *La condizione di erede beneficiato come eccezione rilevabile d'ufficio: l'opinione del civilista*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 1125 ss.; VETTORI, *Il contratto europeo tra regole e principi*, Giappichelli, 2015, 154). Infine, la rilevabilità officiosa non attenerrebbe alla libertà negoziale del falsamente rappresentato, ma la asseconderebbe perché «è proprio l'irrelevabilità, stante il gioco delle preclusioni, che crea il risultato di consolidare per sentenza un contratto non voluto» (PAGLIANTINI, *L'eccezione di inefficacia ex art. 1398 nella fattispecie complessa della falsa rappresentanza*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1429 ss.). Così intesa, la rilevabilità dell'inefficacia rimodellerebbe il bilanciamento degli interessi in gioco e impedirebbe «una speculazione intermittente *ad li-*

bitum, soltanto in apparenza opacizzata dal potere di interpello» (in tale senso, *ibidem*, 1439).

2. IL PRINCIPIO GENERALE DELLA C.D. RILEVABILITÀ OFFICIOSA. Pur potendo limitarsi a negare l'esistenza materiale o la qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto fatto valere dall'attore, il convenuto può proporre eccezione allegando altri fatti impeditivi (oppure modificativi o estintivi) rispetto alla situazione giuridica sostanziale fatta valere dall'attore (in tal senso, FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Furno*, Giuffrè, 1973, 247). Allargando la *quaestio facti*, egli introduce fatti che «scalzino o paralizzino i fatti "costitutivi", allegati dall'attore come supporto della situazione sostanziale asserita e dedotta in lite» (v. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Cedam, 1996, 429; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Jovene, 1935, 314; COLESANTI, voce «Eccezione (dir. proc. civ.)», in *Enc. del dir.*, XIV, Giuffrè, 1965, 172 ss.; ORIANI, voce «Eccezione», nel *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Utet, 1992, VII, 262 ss.).

La fattispecie contrattuale della rappresentanza è costituita dal negozio; dalla spendita del nome del rappresentato; e dalla rappresentanza conferita con procura (v. ROPPO, *op. cit.*, 298; ORLANDI, *Falsus nuntius e falsus procurator*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 347; TAMPONI, *Rappresentanza*, in *Aa.Vv.*, *Diritto civile*, a cura di MARTUCELLI e PESCATORE, Giuffrè, 2011, 1360 ss.; DELLE MONACHE, *La «contemplatio domini»*, *Contributo alla teoria della rappresentanza*, Giuffrè, 2001, spec. 404). Il difetto del potere di rappresentanza potrebbe allora configurare, secondo la prospettiva adottata, o mancanza di uno degli elementi costitutivi oppure sussistenza di un elemento preclusivo alla formazione del titolo (appunto fatto impeditivo).

Diversamente da quella di fatto costitutivo, modificativo o estintivo, la nozione di fatto impeditivo è discussa. L'argomento richiederebbe altro spazio di analisi; basti qui rilevare che – a prescindere dalla qualificazione come elemento interno alla struttura della fattispecie costitutiva (parte della dottrina gli nega addirittura dignità concettuale: PUGLIATTI-FALZEA, *I fatti giuridici*, revisione e aggiornamento di Falzea, nell'edizione curata da Irti per Giuffrè, 1996, 25; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Giuffrè, 1955, 113) o elemento integrante un'autonoma fattispecie impeditiva (*ex multis*: FINZI, *Il possesso dei diritti*, Giuffrè, rist. 1968, 333; SACCO, *Presunzione, natura costitutiva e impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 405; FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, 1939, 12; GRASSO, *Profilo sostanziale e profilo processuale della fattispecie impeditiva nella fi-*

deiuessione con beneficio di escussione, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 95) – il fatto impeditivo, purché ovviamente se ne riconosca autonomia concettuale, ha un regime processuale diverso da quello del fatto costitutivo, e identico a quello dei fatti modificativi o estintivi, perché soggetto alle stesse regole in tema di allegazione e prova.

Se l'interprete non configura il difetto di rappresentanza come mancanza di un fatto costitutivo, bensì come fatto impeditivo, si pone il problema del regime processuale dell'eccezione. All'uopo si distinguono le eccezioni in senso proprio (rilevabili dal giudice), dalle eccezioni in senso stretto – che riguardano i fatti (estintivi, modificativi o impeditivi) di cui il giudice non può tenere conto se non hanno formato oggetto di eccezione del convenuto ai sensi dell'art. 2697 cod. civ., anche se emergono dagli atti di causa – (così, e nel senso della tradizione, ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Jovene, 1979, 369, il quale avverte dei limiti e della arbitrarietà di ogni classificazione). Il criterio distintivo, in assenza di una precisa disposizione e di una pacifica opinione dottrinale, potrebbe ricavarsi soltanto dalle specifiche norme che riservano espressamente l'*onus exceptionis* alla parte (FABBRINI, *op. cit.*, 265); o dalla funzione dei singoli istituti e, in subordine, dalla tradizione (ANDRIOLI, *op. cit.*, 369); o, ancora, dal coordinamento tra l'art. 112 cod. proc. civ. e l'art. 2967 cod. civ.

La questione è assai discussa: basti pensare alla qualificazione della *exceptio* per CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, 1960, I, 292; ID., *Principii di diritto processuale*, Jovene, 1923, III ed., 646. Con riferimento a quella «in senso proprio», l'autore definiva l'eccezione una manifestazione della volontà contraria alla pretesa creditoria, «un contro-diritto di fronte all'azione e, per l'appunto, un diritto di impugnazione» e la collegava alla «esistenza» della azione. Si tratterebbe di distinguere le circostanze che «per se stesse escludono l'azione», e che possono essere rilevate d'ufficio dal giudice anche se il convenuto è assente o tace (eccezioni in senso lato o proprio), da quelle che «attribuiscono al convenuto il diritto di impugnare» l'azione e che non potranno essere rilevate dal giudice «per quanto da lui conosciute, se non quando il convenuto lo ecciti a farlo» (eccezioni in senso stretto). Il giudice «non può supplire d'ufficio alle eccezioni non opposte, proprio perché non può d'ufficio attuare i diritti dei litiganti».

Diversamente, la *exceptio* è stata reputata un modo del giudice di «conoscere» entro la sfera del *deductum*. L'onere di eccepire viene risolto in onere di allegare, complementare e preliminare rispetto a quello di provare. L'onere è a carico del convenuto, giacché *iudex iudicare debet iuxta alligata* e trova la sua *ratio* nella regola di distribuzione dell'onere del-

la prova (così, CARNELUTTI, *Un lapsus evidente?*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 448). Le differenti teoriche riposerebbero, come noto, sul diverso concetto di azione (diritto alla sentenza favorevole o ad un provvedimento di merito). Di contro, CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, *ivi*, 1961, 268, risolve l'eccezione (e la allegazione) «nell'esercizio del diritto soggettivo della parte di porre in essere l'obbligo del giudice di considerare tutti e soltanto i fatti giuridici allegati quali materia di cognizione» (v. pure FABBRINI, *op. cit.*, 265, il quale rileva che se il potere di eccezione non viene esercitato è preclusa al giudice ogni indagine sui fatti deducibili ma non dedotti, perché in caso contrario il giudice incorrerebbe in vizio di ultrapetizione ex art. 112 cod. proc. civ.). A ben vedere, il dibattito ruoterebbe intorno al carattere eccezionale della irilevabilità (sul tema, v. D'ANDREA, *L'offerta di equa modificazione del contratto*, Giuffrè, 2006. L'a. distingue la concezione sostanziale dell'azione da quella processuale, secondo cui «l'atto della parte interessata» non integra la fattispecie estintiva, modificativa o impeditiva. Egli osserva che colui che propone eccezione in senso stretto è titolare «di un "potere processuale" (a rigore un onere) e non di un diritto potestativo sostanziale»; ne segue che «i fatti costitutivi della eccezione non menzionati dal convenuto possano essere conosciuti dal giudice anche se affermati dall'attore o altrimenti emergenti dagli atti». Ciò sarebbe confermato dalla lettura dell'art. 112 cod. proc. civ. che, lungi dal dettare un preciso principio (di rilevabilità officiosa o su istanza di parte), si limiterebbe a rinviare ad altre norme, da qualificarsi come norme regolari).

In sintesi, la distinzione tra eccezioni rilevabili d'ufficio o riservate alla iniziativa della parte rilevante nel caso in cui il convenuto estenda la *questio facti*, cioè introduca fatti impeditivi, modificativi o estintivi. Invece, perderebbe significato ove egli si limiti a contestare l'esistenza del fatto costitutivo allegato dall'attore (cioè nel caso in cui formuli una mera difesa). In tale ultima ipotesi, il giudice sarà chiamato a valutare la rilevanza giuridica del fatto (IRTI, voce «Rilevanza giuridica», nel *Noviss. Digesto it.*, XV, Utet, 1968, 1094; specificamente in tema di processo, v. FABBRINI, *op. cit.*, 255).

3. Segue: DIFETTO DI PROCURA E FATTO COSTITUTIVO. Il contratto concluso dal falso rappresentante è comunemente reputato inefficace (cfr. *supra*, sez. IV, sub 2). Ad essere imperfetto non è il negozio nella sua intrinseca composizione, ma il rapporto che ne scaturisce, perché non può realizzarsi in mancanza di predeterminazione del destinatario (così, FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, 1941, 279).

Manca in dottrina la precipua qualificazione dogmatica del difetto di rappresentanza.

Esso potrebbe configurare un fatto impeditivo, perché ai sensi dell'art. 2697, comma 2°, cod. civ. la carenza di rappresentanza importa la inefficacia del fatto costitutivo del titolo dedotto dall'attore. Ma potrebbe, al contrario, tradursi nella assenza di un elemento costitutivo. Il giudice, chiamato a verificare la conformità del fatto dedotto rispetto ad una fattispecie normativa e l'astratta idoneità del fatto dedotto a produrre effetti (la c.d. efficienza per FALZEA, *La condizione*, cit., 185; ID., voce «Efficacia giuridica», in *Enc. del dir.*, XIV, Giuffrè, 1965, 432 ss., spec. 498. L'a. distingue la «efficienza» – astratta idoneità del fatto a determinare le conseguenze giuridiche – dalla «efficacia» – concreta determinazione degli effetti previsti; cioè allo storico realizzarsi della fattispecie), esegue un «giudizio sul titolo»: ne valuta così l'esistenza e la validità (v. ORLANDI, *Pactum de non petendo ed inesigibilità*, Giuffrè, 2000,

168). Tale giudizio è altro rispetto a quello «sulle vicende» che atterrebbe propriamente alla verifica di concreta produzione degli effetti (c.d. efficacia): cioè alla ricognizione di sussistenza di vicende impeditive, modificative o estintive della vicenda costitutiva. Questa fase pone il problema della deducibilità *ex officio* od *ope exceptionis* (cfr. ancora ORLANDI, *Pactum*, cit., 168). Si tratterebbe allora di collocare il potere rappresentativo nel «nucleo centrale della fattispecie». Segnatamente, l'indagine avrebbe riguardo al c.d. «ciclo formativo interno» cioè alla ricognizione degli elementi essenziali del negozio, del tutto diversi da quelli che sono estrinseci ed inessenziali, estranei al nucleo della fattispecie in quanto meri «co-elementi dell'atto» (FALZEA, *La condizione*, cit., 193, che ritiene che la condizione sia un co-elemento accidentale). Per tale via, il fatto rifluirebbe tra quelli costitutivi di cui all'art. 2697 cod. civ.

SVEVA CORDOPATRI

- CASS. CIV., I sez., 20.7.2015, n. 15138
Cassa App. Bologna, 20.3.2013

STATO CIVILE - RETTIFICAZIONE DI ATTRIBUZIONE DI SESSO - INTERVENTO CHIRURGICO - NECESSITÀ - ESCLUSIONE - CONDIZIONI E LIMITI (Cost., artt. 2, 3, 32, 117; Conv. eur. dir. uomo, art. 8; l. 14.4.1982, n. 164, artt. 1, 3; d. legis. 1°9.2011, n. 150, art. 31)

L'interesse pubblico alla definizione certa dei generi non richiede il sacrificio del diritto alla conservazione dell'integrità psico-fisica dell'interessato sotto lo specifico obbligo dell'intervento chirurgico, purché la serietà e univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale siano rigorosamente accertate in sede giudiziale. (massima non ufficiale)

dal testo:

Il fatto. M.M. aveva richiesto al Tribunale di Piacenza nel 1999 l'autorizzazione al tratta-

mento medico chirurgico per la modificazione definitiva dei propri caratteri sessuali primari al fine di ottenere la rettificazione dei caratteri anagrafici. Il Tribunale aveva accolto la domanda.

Dopo circa dieci anni è stata richiesta dal M. la rettificazione dei propri atti anagrafici senza sottoporsi al trattamento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari al genere femminile.

A sostegno della nuova domanda era stato rilevato:

- che il ricorrente temeva le complicità di natura sanitaria;
- che nel frattempo aveva raggiunto un'armonia con il proprio corpo che lo aveva portato a sentirsi donna a prescindere dal trattamento anzidetto.

Il Tribunale riteneva condizione sufficiente ma necessaria il trattamento chirurgico e respingeva la domanda.

Il M. proponeva reclamo avverso tale pronuncia sulla base dei seguenti rilievi:

- il reclamante riteneva che il trattamento chirurgico non poteva ritenersi necessario per ogni caso di rettificazione del sesso ma soltanto