

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PISA

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN
GIURISPRUDENZA**

**GLI EFFETTI DEL CONTRATTO DI
MANDATO**

Relatore
Proff.ssa Enza Pellecchia

Candidato
Laura Caputo

Anno Accademico 2012 – 2013

INDICE

Nota introduttiva

CAPITOLO I – GLI ELEMENTI CHE INDIVIDUANO IL TIPO CONTRATTUALE

- 1) L'obbligazione del mandatario
 - 1.1) La fonte contrattuale dell'obbligazione del mandatario
 - 1.2) L'oggetto dell'obbligazione del mandatario – prestazione di "fare" consistente nel compimento di atti giuridici
 - 1.3) Significato dell'agire "per conto" e dell'agire "in nome" altrui
- 2) Le parti del mandato
 - 2.1) Gli interessi delle parti ed il mandato in rem propriam
 - 2.2) La capacità giuridica
 - 2.3) La capacità d'agire
- 3) La causa del mandato
- 4) L'oggetto del mandato
 - 4.1) Nozione di atti giuridici oggetto del fare del mandatario
 - 4.2) Requisiti dell'oggetto del mandato: possibile, lecito, determinato o determinabile
- 5) La forma del mandato
 - 5.1) La forma del mandato con rappresentanza
 - 5.2) La forma del mandato senza rappresentanza
 - 5.3) Conseguenze della nullità del mandato per difetto di forma

CAPITOLO II – IL MANDATO CON RAPPRESENTANZA

- 1) La fattispecie normativa e gli effetti
- 2) Oggetto dell'attività gestoria
- 3) Il rapporto tra mandato e procura
 - 3.1) L'autonomia della procura
- 4) Forma del mandato con rappresentanza
- 5) La spendita del nome del mandante
- 6) L'articolazione dei rapporti giuridici nel mandato con rappresentanza
 - 6.1) La posizione giuridica del mandante
 - 6.2) La posizione giuridica del mandatario
 - 6.3) La posizione giuridica del terzo contraente
 - 6.4) La rappresentanza apparente nella tutela delle ragioni del terzo

CAPITOLO III – IL MANDATO SENZA RAPPRESENTANZA

- 1) La fattispecie normativa e gli effetti
- 2) Confronto tra mandato senza rappresentanza, interposizione di persona e negozio fiduciario
- 3) La posizione giuridica del mandatario senza rappresentanza
- 4) Irrilevanza della conoscenza del rapporto di mandato da parte del terzo contraente
- 5) Legittimazione attiva e passiva ad esperire azioni contrattuali
 - 5.1) Esercizio da parte del mandante dei diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato
 - 5.2) Effetti della sostituzione del mandante ex art. 1705, II comma, c.c. e azioni del terzo contraente nei suoi confronti

CAPITOLO IV – GLI ACQUISTI DEL MANDATARIO

- 1) Disciplina degli acquisti del mandatario nel mandato con e senza rappresentanza
- 2) Fattispecie normativa e conseguenze giuridiche dell'acquisto di beni mobili
 - 2.1) Teorie sulla legittimazione del mandante ad esperire azioni petitorie e possessorie sulle cose mobili acquistate dal mandatario senza rappresentanza
- 3) Mandato ad acquistare cose di specie
- 4) Mandato ad acquistare cose di genere o massa di cose
- 5) La posizione giuridica del mandatario prima dell'effetto traslativo
- 6) Azione di rivendica del mandante e diritti dei terzi possessori in buona fede
- 7) Acquisti del mandatario per conto del mandante di beni immobili o di beni mobili iscritti in pubblici registri
 - 7.1) Teorie sulla natura dell'atto di ritrasferimento
- 8) Il mandato senza rappresentanza ad alienare
- 9) Rapporti tra mandante e creditori del mandatario senza rappresentanza
 - 9.1) L'esecuzione ordinaria
 - 9.2) Fallimento del mandatario
- 10) Il fondamento giuridico dei criteri normativi di soluzione del conflitto fra mandante e creditori del mandatario

CAPITOLO V – LE OBBLIGAZIONI DEL MANDATARIO

- 1) Il sistema normativo delle obbligazioni delle parti nel contratto di mandato

- 2) L'obbligazione di compiere l'atto gestorio e la c.d. identificazione del negozio gestorio
- 3) Diligenza nelle obbligazioni di fare e superamento della distinzione fra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato
 - 3.1) Diligenza e buona fede nell'esecuzione del mandato e degli atti preparatori e strumentali
- 4) Esattezza ed inesattezza dell'esecuzione della prestazione del mandatario
- 5) La diligenza nell'adempimento del mandato gratuito
- 6) Mandato e diligenza inerente ad attività professionali
 - 6.1) Il mandato come archetipo delle operazioni bancarie e finanziarie: diligenza della banca e dell'intermediario finanziario
 - 6.2) Diligenza del mandatario nell'acquisto di prodotti finanziari
- 7) Obbligo di informazione del mandatario
 - 7.1) Obbligo di informazione e responsabilità della banca mandataria per il c.d. "Venerdì nero della lira"
- 8) L'obbligazione di rimettere al mandante i risultati della gestione e di corrispondere gli interessi sulle somme riscosse
- 9) Obbligazioni accessorie: rendiconto, comunicazione, custodia
- 10) Obbligazioni accidentali: lo star del credere

CAPITOLO VI – ECCESSO DI MANDATO

- 1) Nozione di eccesso di mandato
- 2) Rilevanza della distinzione fra mandato specifico e mandato generico
- 3) Ruolo delle clausole generali di correttezza e buona fede
- 4) L'eccesso di mandato nella giurisprudenza
- 5) La legittimazione del mandatario all'esercizio dei diritti derivanti dall'atto gestorio, in caso di eccesso di mandato
- 6) La ratifica dell'atto eccedente i limiti del mandato
- 7) Abuso di mandato ed inapplicabilità dell'art. 1711 c.c. fuori dall'ipotesi qualificabile come eccesso di mandato
- 8) Eccesso di mandato ed eccesso di procura
- 9) Eccesso di mandato e gestione degli affari altrui
- 10) Deviazioni consentite dal mandato (art. 1711, II co., c.c.)

CAPITOLO VII – LE OBBLIGAZIONI DEL MANDANTE

- 1) Obbligazioni ed oneri a carico del mandante
- 2) La somministrazione al mandatario dei mezzi necessari per l'esecuzione del mandato
- 3) Adempimento degli oneri e delle obbligazioni di somministrare

- 4) Il patto contrario di cui all'art. 1719 c.c.
- 5) Conseguenze dell'inadempimento delle prestazioni a carico del mandante
- 6) Obbligazione di rimborsare le anticipazioni effettuate dal mandatario
- 7) La natura del credito del mandatario
- 8) Obbligazione di rimborsare gli interessi legali sulle anticipazioni effettuate dal mandatario
- 9) Obbligazione di pagare il compenso
- 10) Obbligazione di indennizzo delle perdite subite dal mandatario
- 11) Differenza fra la responsabilità contrattuale del mandate, ai sensi dell'art. 1720 c.c., e la responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2049 c.c.

BIBLIOGRAFIA

- 1) Dottrina
- 2) Giurisprudenza

NOTA INTRODITTIVA

Il mandato rientra nella categoria degli strumenti contrattuali attuativi del fenomeno della cooperazione, che si contraddistinguono per l'identità del fine, consistente nel conseguimento di un risultato utile a favore di un determinato soggetto, e si differenziano, invece, per il modo in cui la cooperazione si realizza.

L'alienità dell'interesse rispetto al soggetto agente costituisce l'elemento che caratterizza il contratto di mandato, indipendentemente dalla rilevanza esterna del rapporto, cioè sia nel caso in cui il rapporto gestorio rimanga circoscritto nell'ambito delle parti che lo hanno costituito, sia nel caso in cui esso abbia rilevanza esterna, per effetto del conferimento dei poteri di rappresentanza a favore del mandatario. L'alienità dell'interesse gestito incide anche sui caratteri dell'attività di cooperazione posta in essere dal mandatario. Nello specifico, tale attività è la stessa che il mandante espleterebbe se agisse direttamente. Con la conseguenza che il mandatario non solo cura l'interesse altrui, ma operando in sostituzione del mandante, impegna direttamente la sfera giuridica di quest'ultimo.

I momenti salienti e distintivi del rapporto di mandato possono pertanto, essere individuati nel fenomeno della cooperazione giuridica, nel compimento dell'attività giuridica da parte del mandatario e nell'individuazione del destinatario degli effetti che conseguono dall'espletamento di tale attività.

In merito alla cooperazione giuridica, e non meramente materiale, essa rappresenta la genesi del rapporto, infatti, il fenomeno cooperativo si configura nel momento in cui il mandante non potendo, o non volendo, curare direttamente i propri interessi si avvale dell'attività del mandatario cui affida l'incarico di compiere atti giuridici per proprio conto. Specularmente il mandatario che assume l'incarico si prefigge di svolgere la propria attività a beneficio del mandante e quindi pone in essere atti giuridici nell'interesse di quest'ultimo, con la conseguenza che la cooperazione viene inquadrata in termini di dovere giuridico di una delle parti e di diritto dell'altra.

In merito all'attività giuridica espletata dal mandatario, in veste di cooperatore giuridico, occorre rilevare che essa genera diritti e obblighi nei confronti di terzi, ma ciò che la contraddistingue è la circostanza che, anche nel caso in cui tali diritti e obblighi siano stati assunti dal mandatario mediante la spendita del proprio nome, essi nascono sempre e comunque nell'interesse del mandante, in quanto titolare dell'interesse gestito.

La scelta dello strumento giuridico attraverso cui conferire la funzione gestoria è rimessa all'operatore che può utilizzare alternativamente il negozio unilaterale di procura, il mandato con

rappresentanza o il mandato senza rappresentanza.

La giurisprudenza ha evidenziato, con riferimento ad un caso concreto avente ad oggetto un mandato ad alienare beni immobili, che *"Le situazioni che si possono presentare sono sostanzialmente tre. Una procura, che attribuisce al rappresentante un potere di vendere un immobile del rappresentato, non necessariamente postula un sottostante rapporto di mandato e per il rappresentante, nei confronti del mandante, un obbligo di compiere l'atto.*

Per converso, le parti possono stipulare un contratto di mandato, il quale obbliga il mandatario a porre in essere un contratto di vendita di un bene del mandante, senza però spenderne il nome, ed al quale dunque non si accompagna il conferimento di potere rappresentativo dal mandante al mandatario e perciò la formazione di una procura.

Ma procura e mandato possono andare insieme.

Conferire un potere di rappresentare, di agire e perciò vendere in proprio nome è il mezzo giuridico di cui la parte si vuole servire per concludere il contratto di trasferimento e di questo mezzo si avvale nell'ambito di un rapporto di mandato, che obbliga il mandatario a porre in essere l'atto e che costituisce per le parti fonte di diritti ed obblighi che nascono da questo tipo di contratto". (Cass. 10 novembre 2000, nr. 14637, Contr., 2001, 975).

La scelta deve avvenire tenendo conto della rispondenza degli effetti giuridici agli effetti pratici voluti dalle parti, infatti l'alternativa tra mandato con o senza rappresentanza è rimessa alla valutazione del mandante.

L'automatismo degli effetti giuridici nel caso di mandato con rappresentanza evita rischi sia al mandante (che non risente di eventuali infedeltà del mandatario, nè di eventuali iniziative dei creditori di quest'ultimo), sia al mandatario (che non rimane coinvolto da eventuali inadempimenti del mandante all'obbligo di tenerlo indenne dalle spese fatte). Prevarrà, invece, la scelta del mandato senza rappresentanza se interesse preminente del mandante è quello di rimanere celato ai terzi.

CAPITOLO I

GLI ELEMENTI CHE INDIVIDUANO IL TIPO CONTRATTUALE

Prima di addentrarsi nella disciplina del mandato è opportuno individuarne gli elementi tipizzanti, ovvero gli elementi che caratterizzano e contraddistinguono il rapporto contrattuale in oggetto, infatti solo se tali elementi ricorrono nella fattispecie negoziale concreta, essa sarà riconducibile al rapporto di mandato.

1) L'obbligazione del mandatario

Il nucleo imprescindibile per l'individuazione del contratto di mandato è fondato sull'esistenza dell'obbligazione assunta dal mandatario, di svolgere l'attività gestoria per conto del mandante, avente per oggetto il compimento di atti giuridici.

L'art. 1703 c.c. individua la figura contrattuale del mandato mediante due caratteristiche. La prima concerne il tipo di attività svolta dal mandatario, infatti si deve trattare del compimento di "atti giuridici", e non di una mera attività materiale. La seconda concerne il destinatario degli effetti economici derivanti dagli atti che il mandatario compie, infatti tali atti sono posti in essere "per conto altrui", nel senso che non il mandatario, bensì altri soggetti sono destinatari finali degli effetti dell'attività gestoria.

Interpretando l'art. 1703 c.c., la dottrina ha evidenziato che tale *"norma non enuncia tutti i tratti distintivi del mandato rispetto ad altri tipi contrattuali, ma con efficace espressione presenta all'interprete il cuore del contratto: il mandatario si impegna a compiere atti non meramente materiali, per conto del mandante"* (Graziadei 1994, 154).

"L'obbligazione di compiere l'attività gestoria costituisce quindi la nota elementare e costante della figura: ne identifica la funzione specifica. Essenziale è la previsione pattizia di un obbligo (per il gestore) di agire per conto altrui: in mancanza di ciò dovrebbe ritenersi esclusa la configurabilità di un mandato, e potrà aversi eventualmente uno di quei rapporti di gestione che vengono chiamati autorizzazione a gestire o c.d. mandato di cortesia". (Luminoso 2007, 12; nello stesso senso Carpino 2007, 3; Dominedò 1964, 116; Santagata 1985, 44).

Il contratto di mandato si caratterizza per ulteriori elementi rispetto a quelli derivanti dalla nozione di cui all'art. 1703 c.c., ma si tratta di

elementi che, pur incidendo sugli effetti del contratto, hanno natura eventuale e quindi non sono necessari nella fase di accertamento del tipo contrattuale.

In proposito autorevole dottrina ha rilevato che: *"Il mandato viene individuato come tipo dal codice civile vigente utilizzando il criterio costituito dalla prestazione. La prestazione caratterizzante questo tipo legale è unicamente quella, del mandatario, di compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra parte (art. 1703 c.c.), di guisa che lo schema contrattuale rimane inalterato sia che il mandatario debba agire in nome proprio o in nome altrui (art. 1704 c.c.) sia che all'agente debba o non debba essere corrisposto un compenso (art. 1709 c.c.)"*. (Luminoso 1984, 42-43).

In sintesi l'accertamento della riconducibilità di una concreta fattispecie negoziale al tipo legale del mandato, definito dall'art. 1703 c.c., postula che l'attenzione dell'interprete sia posta sui seguenti elementi:

- 1) la fonte dell'obbligazione del mandatario, rappresentata necessariamente dal contratto di mandato;
- 2) l'oggetto della prestazione del mandatario che consiste in un'attività gestoria, ovvero in una prestazione di fare avente ad oggetto il compimento di "atti giuridici";
- 3) la caratteristica essenziale dell'attività gestoria compiuta dal mandatario che deve essere necessariamente realizzata "per conto del mandante".

1.1) La fonte contrattuale dell'obbligazione del mandatario

Elemento tipizzante del mandato è rappresentato dalla natura contrattuale della fonte dell'obbligazione gestoria assunta dal mandatario e ciò consente di differenziare il contratto di mandato di cui all'art. 1703 c.c. dalla gestione di affari altrui di cui all'art. 2028 c.c. e di escludere, dall'ambito del mandato, le attività gestorie spontanee, le attività gestorie motivate da doverosità morale o sociale ed i c.d. "negozi autorizzativi".

La principale differenza tra il contratto di mandato e la gestione di affari altrui deriva dalla circostanza che l'obbligazione gestoria assunta dal mandatario nasce dal rapporto contrattuale di mandato. Invece, nella nozione di gestione di affari altrui fissata dall'art. 2028 c.c., l'attività gestoria non deriva da un rapporto negoziale che determina il sorgere dell'obbligazione a carico del gestore, ma è tale soggetto che opera "senza esservi obbligato", pertanto il compimento dell'attività gestoria rappresenta il fatto che comporta a carico del soggetto che l'ha iniziata l'obbligazione di continuarla.

La giurisprudenza ha sottolineato la contrapposizione tra l'obbligo del

mandatario assunto per effetto del contratto di mandato rispetto alla spontaneità dell'intervento del gestore, infatti: "*L'istituto della negotiorum gestio, così come previsto e disciplinato dagli artt. 2028 ss. cc., postula uno svolgimento di attività, da parte del gestore, diretta al conseguimento dell'esclusivo interesse dell'altro soggetto, - non configurabile, quindi nelle ipotesi in cui ricorra una contrapposizione dei rispettivi interessi di cui risultino portatori rispettivamente, il negotiorum gestor ed il negotiorum gestus - caratterizzato dalla spontaneità dell'intervento del gestore, e quindi dalla mancanza di un qualsivoglia rapporto giuridico in forza del quale il gestore sia tenuto ad intervenire nella sfera giuridica altrui*". (Cass. 22 dicembre 2004, n. 23823, MGC, 2005, 1).

L'art. 2030 c.c. facendo riferimento allo schema del mandato non incide sulla qualificazione della fattispecie, ma solo sulla disciplina giuridica applicabile al comportamento del gestore che ha iniziato spontaneamente l'attività gestoria. Infatti, la cooperazione gestionale finisce per l'assumere un unico regolamento contenuto nelle norme sul mandato, a prescindere dalla fonte dell'obbligazione ad eseguirla. Inoltre, devono essere mantenuti distinti dal contratto di mandato e quindi estranei alla fattispecie di cui all'art. 1703 c.c., i rapporti ispirati da impulsi religiosi, morali o da istanza di solidarietà sociale. In questo caso l'agire di un soggetto per realizzare l'altrui interesse è rilevante solo sul piano sociale e non risponde ad una tutela giuridica. (Santagata 1985, 45).

Ulteriore fattispecie da mantenere distinta dal rapporto di mandato si configura in presenza di "autorizzazione a gestire", ovvero in ipotesi in cui un soggetto riceva l'incarico di curare un affare dell'incaricante, senza che l'incaricato assuma un impegno preciso e stringente come quello che contraddistingue il mandatario. Emblematici sono i casi in cui direttamente nell'atto di conferimento dell'incarico si prevede espressamente che lo stesso verrà eseguito dall'incaricato solo se egli ne "avrà concretamente la possibilità", oppure, se "avrà tempo" o addirittura "se vorrà". Si tratta in sostanza di situazioni caratterizzate da una posizione di facoltà anziché di obbligo, pertanto esse non sono assimilabili al mandato. Comunque trattandosi di figure negoziali che rientrano nell'ambito della cooperazione gestoria, sul piano disciplinare sono applicabili le disposizioni in materia di mandato. (Luminoso 1984, 90).

1.2) L'oggetto dell'obbligazione del mandatario - prestazione di "fare" consistente nel compimento di "atti giuridici"

Un ulteriore elemento essenziale del contratto di mandato è rappresentato dall'oggetto dell'obbligazione del mandatario,

consistente in una prestazione di fare.

Si tratta di un fare particolare, in quanto si sostanzia in un'attività di tipo lavorativo, specificatamente di tipo autonomo e non subordinato. La dottrina ha rilevato che *"la prestazione, il cui compimento è devoluto al mandatario, ha per contenuto un facere per conto altrui; essa rientra pertanto nell'ambito della nozione giuridica del lavoro, intesa in senso lato"*. (Minervini, 1957).

Preme precisare che l'autonomia della prestazione gestoria non deve essere intesa in senso assoluto, infatti il mandatario deve comunque adempiere agli obblighi contenuti nel contratto ed eseguire le istruzioni del mandante, con la precisazione che la mancanza di un rapporto di subordinazione comporta che il mandatario nell'eseguire l'incarico abbia comunque una certa sfera di discrezionalità.

Essendo l'obbligazione del mandatario una prestazione di fare emergono problematiche generali che contraddistinguono tale tipologia di prestazioni, ovvero problematiche determinate dal relativo contenuto tendenzialmente generico, infatti esse vengono definite nel loro contenuto attraverso l'indicazione del risultato da conseguire, con la conseguenza ulteriore che la tensione al risultato ha bisogno di una determinazione continua e costante che si protrae nel tempo. (Luminoso, 1984, 129).

Inoltre, per quanto possa essere dettagliata la rappresentazione che le parti si fanno dell'attività gestoria da compiere, essa conserva sempre un certo margine di genericità che pone problemi nella fase di esecuzione dell'incarico.

Altro elemento di rilievo attinente alle obbligazioni di fare riguarda il ruolo che in esse assumono i principi di correttezza e di buona fede e la diligenza. In merito autorevole dottrina sostiene che *"le prestazioni di "lavoro" richiedono una determinazione progressiva del contegno del debitore. Ciò spiega il ruolo particolarmente pregnante degli obblighi di diligenza e correttezza (art. 1175 e 1375) nella fase attuativa del mandato. La diligenza costituisce infatti un criterio di determinazione del contenuto della prestazione, indicando, essa la misura dell'attenzione, della cura e dello sforzo psicologico che il debitore deve adottare per attuare la prestazione"*. (Luminoso 1984, 389).

1.3) Significato dell'agire "per conto" e dell'agire "in nome" altrui

Ai fini dell'analisi del rapporto di mandato occorre distinguere i ruoli dei soggetti coinvolti nella vicenda contrattuale. In tal senso si distinguono:

- il ruolo del soggetto psicologico, ovvero del soggetto che mediante

la sua volontà concorre alla formazione e alla conclusione del contratto;

- il ruolo del soggetto giuridico, che diventa parte del rapporto contrattuale e quindi destinatario dei relativi effetti giuridici;

- il ruolo del soggetto economico, ovvero del soggetto che assume la paternità ed il rischio dell'operazione economica e che quindi è destinatario degli effetti economici vantaggiosi e svantaggiosi dell'affare.

In base alla suddetta distinzione si possono configurare due diverse situazioni: l'ipotesi in cui i ruoli sopra identificati vengono assunti da uno stesso soggetto oppure l'ipotesi in cui tali ruoli vengono assunti da soggetti diversi, con conseguente dissociazione delle descritte qualità soggettive.

I fenomeni di dissociazione corrispondono a figure sintetizzate nel linguaggio giuridico con l'espressione "agire in nome", che indica la direzione degli effetti giuridici del contratto, e con l'espressione "agire per conto" o "nell'interesse", che indica la direzione dei risultati economici del contratto.

Gli istituti che si basano sulla cooperazione gestoria si caratterizzano per il fatto che il gestore agisce "in nome proprio e per conto altrui", conseguentemente quest'ultimo pur essendo soggetto psicologico e soggetto giuridico (quindi parte del rapporto contrattuale), non è tuttavia soggetto economico e cioè destinatario dei risultati economici imputabili invece al gerito.

Per gli istituti il cui nucleo è costituito dalla sostituzione, il rapporto di gestione è accompagnato dal meccanismo della rappresentanza, per cui il gerente assume solo il ruolo di soggetto psicologico, mentre nella sfera del gerito si segnalano sia il ruolo di soggetto giuridico (parte del rapporto contrattuale), sia quello di soggetto economico, che assume cioè il rischio dell'operazione ed è destinatario dei suoi risultati pratici.

2) Le parti del mandato

Le parti del contratto di mandato sono esclusivamente il mandante ed il mandatario.

In proposito la dottrina rileva che: "*Con il contratto di mandato una parte si obbliga a compiere una determinata attività giuridica per conto e nell'interesse dell'altra, e quest'ultima, almeno normalmente, si obbliga a pagarle un compenso. Il mandato, perciò, secondo tale suo schema tipico, è un contratto bilaterale nel senso che le parti contraenti devono essere due, e non possono essere in numero superiore a due*". (Dominedò 1964, 117. Nello stesso senso Bavetta 1975, 338; Carnevali 1990, 1, 1.1, Carpino 2007, 8; Luminoso 1985,

48; Luminoso 2007, 50).

Il mandante è la parte che conferisce al mandatario l'incarico di compiere l'attività gestoria per suo conto, ovvero attenendosi alla lettera della legge, la parte per conto della quale il mandatario si è obbligato a compiere uno o più atti giuridici.

Rispetto all'atto gestorio egli non è né soggetto psicologico né soggetto giuridico, ma rimane soggetto economico e pertanto assume la paternità dell'affare ed il relativo rischio, diventando destinatario dei risultati economici vantaggiosi e svantaggiosi dell'intera operazione economica.

Il mandatario è la parte che assume l'obbligazione di compiere l'attività gestoria a seguito di incarico ricevuto dal mandante e che di conseguenza deve rimettere al mandante medesimo i risultati conseguiti, ovvero attenendosi alla lettera della legge, la parte che si obbliga a compiere uno o più atti giuridici, per conto dell'altra.

La posizione delle parti del mandato acquista un particolare valore tecnico a seconda che il mandato sia conferito senza rappresentanza, e quindi in nome proprio del mandatario (secondo quanto disposto dall'art. 1705 c.c.) oppure con rappresentanza, e quindi in nome del mandante (secondo quanto disposto dall'art. 1704 c.c.).

A tal proposito la dottrina rileva che: *" Nel primo caso il mandatario è autore dell'atto gestorio e soggetto (del relativo regolamento negoziale e quindi) degli effetti giuridici scaturenti dallo stesso, mentre il mandante è unicamente titolare dell'affare. Nel secondo caso, invece, il mandatario è soltanto autore psicologico del negozio rappresentativo, concentrandosi sul mandante tanto la posizione di soggetto "formale" quanto quella di soggetto "economico" dell'operazione negoziale (gestoria)".* (Luminoso 1984, 154).

Il soggetto che entra in rapporto con il mandatario rimane estraneo al rapporto contrattuale di mandato ed è quindi qualificato come "terzo", non in senso assoluto bensì in senso relativo, in quanto ha una specifica relazione con il mandatario che trova il suo fondamento nell'originario rapporto di mandato.

In tal senso si esprime lo stesso legislatore che nell'ambito dell'art. 1705 c.c., ovvero in tema di mandato senza rappresentanza, qualifica come terzi le parti che entrano in rapporto con il mandatario, anche se hanno avuto conoscenza del mandato.

Alle medesime conclusioni si giunge in tema di mandato con rappresentanza, infatti il conferimento al mandatario del potere di agire in nome del mandante, non comporta che il soggetto con cui il mandatario – rappresentante ha svolto l'attività gestoria sia attratto tra le parti del mandato e quindi rimane terzo contraente.

2.1) Gli interessi delle parti ed il mandato in rem propriam

Il mandante mediante il contratto di mandato mira a conseguire un determinato risultato giuridico che non può o non vuole realizzare direttamente, pertanto si avvale della cooperazione del mandatario. L'intero rapporto negoziale, conseguentemente, è influenzato dal raggiungimento del risultato giuridico che il mandante si prefigge e ciò giustifica perché gli effetti del negozio concluso dal mandatario in esecuzione del contratto di mandato siano destinati a prodursi sempre in favore e a carico del mandante.

Ai fini dell'agire nell'interesse altrui è irrilevante che il mandatario spenda il proprio nome o quello del mandante, infatti la circostanza che il mandatario agisca per conto ed in nome del mandante o che agisca solo per conto del mandante non modifica il rapporto di cooperazione interno al mandato, ma rileva solo in termini di risvolti esterni. Nello specifico nell'ipotesi dell'agire in nome e per conto del mandante, la spendita del nome comporta un'immediata esteriorizzazione dell'agire per conto altrui con evidenza immediata anche nei rapporti instaurati in esecuzione del contratto di mandato, invece nell'ipotesi in cui il mandatario agisca in nome proprio ma per conto del mandante, quindi senza spendita del nome di quest'ultimo, non c'è un'immediata esteriorizzazione del rapporto di mandato ma ciò non comporta il venir meno dell'alienità dell'interesse gestito dal mandatario, che anche in questo caso agisce nell'interesse altrui.

L'alienità dell'interesse gestito ha dei risvolti anche sulle modalità di svolgimento dell'attività del mandatario, infatti, proprio perché agisce per conto del mandante, il mandatario è tenuto ad eseguire la propria attività proprio come se fosse il mandante stesso. Ne consegue che quella svolta dal mandatario non è un'attività di mera cooperazione, ma si configura come una cooperazione sostitutiva, pertanto egli non agisce solo per conto ma anche al posto del mandante, in sostanza tra l'attività del mandatario e l'intento perseguito dal mandante deve configurarsi un'assoluta corrispondenza, altrimenti non può essere giustificata l'attribuzione dei risultati dell'attività del mandatario nella sfera giuridica del mandante.

Il compimento di una determinata attività giuridica nell'interesse del mandante rappresenta un obbligo a carico del mandatario e non una mera facoltà. Ciò comunque non significa che il mandatario non possa avere anche un interesse personale ad eseguire il contratto di mandato, infatti tale interesse si manifesta in termini diversi a seconda che si tratti di un mandato a titolo oneroso, a titolo gratuito o di un mandato in rem propriam. In ogni caso, l'elemento che contraddistingue, l'interesse del mandatario è la circostanza che esso rappresenta un interesse mediato, infatti il mandatario per realizzare il proprio interesse deve fare quello del mandante. Ne consegue che non

può configurarsi un rapporto di mandato nel caso in cui il mandatario agisca per proprio conto, ovvero senza gestire un interesse altrui.

Una figura particolare di mandato è quella del mandato conferito anche nell'interesse del mandatario, conosciuto anche come mandato in rem propriam. Tale figura di mandato non si pone in contrasto con la caratteristica del mandato concernente il destinatario degli effetti economici degli atti che il mandatario compie, i quali sono comunque posti in essere "per conto altrui", nel senso che altri, e non il mandatario, è il destinatario finale dei vantaggi e degli svantaggi economici dell'attività gestoria.

Riguardo ai caratteri propri di questa figura di mandato si è affermato che il mandato conferito anche nell'interesse del mandatario o di un terzo si distingue dall'ordinario mandato in quanto è diretto al soddisfacimento di un interesse del mandatario, diverso da quello strettamente limitato all'esecuzione del mandato, o in ipotesi di mandato oneroso, al conseguimento del corrispettivo, e costituisce il mezzo per l'attuazione di uno scopo ulteriore rispetto a quello tipico del mandato, connesso alla realizzazione di un altro rapporto o di un altro negozio intercorso tra le parti e sottostante al mandato.

In pratica il mandato conferito anche nell'interesse del mandatario è caratterizzato dalla concomitanza di un diverso rapporto intercorrente tra il mandante e il mandatario (o del terzo) che imprime al conferimento del mandato il carattere di atto obbligatorio, essenziale per la realizzazione di un interesse del mandatario (o del terzo) diverso da quello strettamente limitato all'esecuzione del mandato. (Cass. 24 febbraio 1987, nr. 1931, MGC, 1987, 2). A tal fine non è sufficiente che sussista una semplice coincidenza di interessi generici o di natura economica, ma occorre l'esistenza di un vero e proprio interesse giuridico, cioè di un rapporto obbligatorio tra il mandante ed il mandatario (o il terzo) preesistente al mandato.

E' stato evidenziato che il mandato può diventare in rem propriam anche nel corso dell'espletamento dell'incarico per effetto di una sopravvenuta pattuizione con cui i contraenti convengano di attribuire rilevanza, durante lo svolgimento ulteriore del rapporto, ad un interesse del mandatario o del terzo precedentemente non esistente o comunque fino ad allora rimasto al di fuori dell'area negoziale. (Cass. 25 marzo 1976, nr. 1070, Giust. Civ., 1976, I, 1301).

Nel caso del conferimento del mandato anche nell'interesse del mandatario, il mandante conserva la disponibilità del rapporto sostanziale affidato solo in gestione al mandatario, il quale non acquista la titolarità della situazione sostanziale e svolge, quindi pur sempre la propria attività per conto altrui. (Cass. 25 marzo 1993, nr. 3602, FI, 1995, I, 1613).

A tal proposito è stato precisato che il mandato in rem propria, pur non essendo revocabile senza giusta causa, non priva il mandante del

potere di disporre dei suoi diritti sul bene oggetto del mandato, né lo esonera dai relativi obblighi. (Cass. 19 maggio 2003, nr. 7822, MGC, 2003, 5).

Con riferimento al mandato conferito anche nell'interesse del terzo si è rilevato che tale figura di mandato non rientra nella categoria dei contratti a favore di terzo e non attribuisce a quest'ultimo, in assenza di uno specifico patto tra mandante e mandatario, il diritto di pretendere dal mandatario l'esecuzione del mandato, ma rende soltanto irrevocabile il mandato stesso, ai sensi dell'art. 1723, II comma, c.c. conseguentemente la Cassazione ha rilevato che il mandatario all'incasso non assume, salvo che ciò non sia previsto da una specifica clausola del mandato, alcuna obbligazione nei confronti del terzo, atteso che, eseguendo il mandato, adempie soltanto l'obbligazione assunta nei confronti del mandante. (Cass. 30 gennaio 2003, nr. 1391, Giust. Civ., 2003, I, 2761).

2.2) La capacità giuridica

Principio comunemente accettato è quello secondo cui per essere parte del contratto di mandato il soggetto deve avere la capacità giuridica, ovvero essere idoneo ad assumere diritti ed obblighi.

Con specifico riferimento al mandante si ritiene che la persona priva di capacità giuridica sia inadatta a conferire il mandato e quindi a stipulare il relativo contratto.

L'analisi del requisito della capacità non può essere circoscritta alle sole parti del contratto di mandato, ovvero al mandante ed al mandatario, ma occorre prendere in esame anche i rapporti che intercorrono tra le parti del mandato ed il terzo, controparte dell'attività gestoria.

Nel mandato senza rappresentanza si distinguono due differenti piani, ovvero il rapporto interno intercorrente tra mandante e mandatario ed il rapporto esterno che il mandatario instaura con il terzo. Tale dinamica può generare abusi da parte del mandante che si trovi in condizione di incapacità relativa, infatti quest'ultimo potrebbe aggirare l'ostacolo che essa rappresenta per particolari atti giuridici, affidando l'incarico di compiere i medesimi ad un mandatario senza rappresentanza, che, in tal modo, acquistando direttamente il diritto dal terzo, trasferisca poi il risultato vantaggioso della sua gestione direttamente al mandante, che altrimenti sarebbe giuridicamente incapace di acquistare.

Ne consegue che l'accertamento di un'eventuale incapacità relativa non deve essere circoscritta alle parti del mandato, ma occorre verificare anche la relazione tra le parti del mandato ed il terzo con il quale viene compiuto l'attività gestoria.

"L'incapacità relativa fra mandante e terzo contraente ha rilevanza solo nel caso in cui la norma che la statuisce abbia natura materiale, poiché è indubbio che, pur non intercorrendo alcun rapporto diretto fra mandante e terzo contraente, il risultato economico – pratico conseguito con il mandato ed il successivo negozio è identico a quello che si conseguirebbe con la fattispecie negoziale espressamente vietata". (Dominedò 1964, 117).

Rilevano a tal proposito i divieti di acquisto disposti dall'art. 779 c.c. (nullità della donazione a favore del tutore o protutore), dall'art. 1261 c.c. (divieti di cessione dei crediti) e dall'art. 1471 c.c. (divieti speciali a comprare). In pratica l'incapacità relativa del mandante assume rilevanza tutte le volte che, con l'atto compiuto dal mandatario, si raggiunge nei confronti del mandante lo stesso risultato che la legge ha vietato prevedendo l'incapacità.

La violazione di queste norme materiali comporta la nullità dell'intero procedimento di interposizione e quindi la nullità o l'annullabilità sia del mandato che del contratto (di acquisizione o di alienazione in nome proprio) concluso dal mandatario senza rappresentanza con il terzo.

Nel mandato con rappresentanza, il mandante conferisce al mandatario il potere oltre che di agire per suo conto anche in suo nome, conseguentemente gli effetti giuridici del rapporto contrattuale instaurato con il terzo si producono direttamente nella sfera giuridica del rappresentato.

Il rinvio dell'art. 1704 c.c. agli artt. 1387 - 1400 c.c. affida la soluzione del problema al disposto dell'art. 1389, II comma, c.c. secondo cui "per la validità del contratto concluso dal rappresentante è necessario che il contratto non sia vietato al rappresentato", per cui stante il rapporto negoziale diretto che si instaura tra mandante e terzo, trovano applicazione i divieti di acquisto tra tali soggetti. In sostanza per la validità del negozio concluso dal rappresentante è necessario che il negozio non sia vietato al rappresentato.

Per quanto concerne la posizione del mandatario è orientamento consolidato che deve avere la capacità giuridica e che in mancanza, difetterebbe dell'idoneità ad essere parte del relativo contratto.

L'incapacità giuridica del mandatario è rilevante in termini assoluti, infatti nell'ipotesi di mandato senza rappresentanza, non potrebbe egli compiere atti in proprio nome ma per conto del mandante, che lo impegnino nei confronti di terzi, mentre nell'ipotesi di mandato con rappresentanza non potrebbe compiere atti che impegnino direttamente il mandante se non è in condizione di compierli per sé.

2.3) La capacità d'agire

L'analisi del requisito della capacità di agire nell'ambito del mandato richiede la distinzione tra mandante e mandatario.

Il mandante deve avere la capacità di agire sia legale sia naturale. In dottrina è stato affermato il principio secondo cui deve essere capace almeno per quell'atto giuridico al compimento del quale viene delegato il mandatario. Tuttavia il principio in oggetto sembra che valga solo per il mandato gratuito, infatti in tale ipotesi gli effetti a carico del mandante sono solo quelli che riguardano l'acquisizione del risultato dell'atto compiuto dal mandatario. Non dovrebbe, invece, valere per il mandato a titolo oneroso con riferimento al quale occorre tener conto anche dell'obbligazione del pagamento del compenso.

Diversa è la disciplina prevista dall'art. 1389 c.c. in tema di rappresentanza, infatti quando il potere di rappresentanza è conferito dall'interessato, per la validità del contratto concluso dal rappresentante con il terzo basta che tale rappresentante abbia la capacità di intendere e di volere, avuto riguardo alla natura (di ordinaria o straordinaria amministrazione) e al contenuto del contratto stesso, sempre che sia legalmente capace il rappresentato.

Per quanto attiene la posizione del mandatario con riferimento al rapporto interno con il mandante, è pacifico che anche questo deve avere la capacità di agire, nello specifico il mandatario dovrà avere una capacità proporzionata al tipo di obbligazione e di impegni che assume con la stipulazione del mandato e in caso di mandato in nome proprio, proporzionata altresì alla natura dello stipulando atto gestorio.

Con riferimento alla posizione del mandatario è da escludersi ogni rilevanza della disposizione contenuta nell'art. 1389 c.c., I comma, infatti non sembra possibile dubitare che il mandatario, oltre alla capacità giuridica, debba avere anche la capacità di agire. Non vale l'argomentazione contraria secondo cui l'art. 1389 c.c. si fonda sulla ratio che la capacità legale d'agire è richiesta in funzione degli effetti che alcuni atti possono avere per il soggetto e rappresenta una salvaguardia dai medesimi per colui che per la legge non è in grado di rappresentarsi e valutarne le conseguenze al momento dell'atto. Conseguentemente non vi sarebbe ragione di pretenderla nel rappresentante, in quanto egli a tali effetti non è soggetto. In ogni caso non può dubitarsi che dalla stipulazione del contratto di mandato conseguono effetti anche a carico del mandatario, infatti egli assume l'obbligazione di svolgere l'attività gestoria per conto del mandante, di cui è incaricato. Quindi inevitabilmente discende la necessità che il mandatario sia legalmente capace di agire già all'atto di stipulazione del contratto di mandato.

3) La causa del mandato

La funzione assoluta del mandato è stata da tempo individuata dalla dottrina nella gestione di affari per conto altrui. In proposito: *"L'attività di gestione, e in particolare l'agire per conto altrui, è tipica del mandato, ne caratterizza appunto il tipo"*. (Carpino 2007, 9).

Nel contratto di mandato è la relativa causa, consistente nella funzione gestoria, a giustificare gli spostamenti patrimoniali dal mandatario al mandante e dal mandante al mandatario. In proposito autorevole dottrina sostiene che: *"Gli spostamenti patrimoniali inter parte implicati dal mandato in nome proprio si fondano su una funzione gestoria, nella quale non può identificarsi né una causa corrispettiva o di scambio né una causa donativa o liberale. La giustificazione di ognuno di tali movimenti di beni risiede nella stessa cooperazione gestoria, la quale integra qui un autonomo schema causale con il quale la legge ritaglia questo specifico tipo negoziale"*. Indubbiamente incide sul dibattito in merito alla causa del contratto di mandato la distinzione tra mandato oneroso e mandato gratuito. Nello specifico nel contratto di mandato a titolo oneroso, la prestazione di fare cui è tenuto il mandatario e l'obbligazione di pagare il compenso che grava sul mandante sono tra esse collegate e inducono a ricondurre il rapporto contrattuale nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive.

Secondo un orientamento dottrinale, nel mandato oneroso la causa è rappresentata dal compimento di atti giuridici da parte del mandatario per conto del mandante verso corrispettivo. A questo orientamento si oppone la corrente che esclude che il contratto di mandato possa essere classificato come un contratto a prestazioni corrispettive, in quanto per specifica previsione di legge il contratto di mandato è un contratto non necessariamente oneroso, infatti il compenso non rientra tra gli elementi strutturali di questo contratto, pertanto non c'è un rapporto di corrispettività rispetto all'obbligo del mandatario di eseguire l'attività gestoria.

Con riferimento al mandato gratuito è stato rilevato che la natura non onerosa del rapporto di mandato non ne comporta alcuna alterazione funzionale, infatti sotto il profilo funzionale il mandato gratuito soddisfa le stesse esigenze soddisfatte dal mandato oneroso, ne consegue che entrambi hanno causa di gestione. Questa causa unitaria, indifferente alla gratuità o all'onerosità del contratto, giustificerebbe gli spostamenti patrimoniali tra mandante e mandatario attuati in esecuzione del contratto di mandato.

Avendo il mandato natura gratuita, all'impegno assunto dal mandatario non corrisponde un'obbligazione assunta dal mandante e ciò giustifica perché le obbligazioni contrattuali derivanti dal rapporto

di mandato in questo caso hanno natura debole. Il mandatario, infatti, ha la facoltà di rinunciare al mandato, purché la rinuncia sia fatta in modo e tempo tale da consentire al mandante di provvedere altrimenti.

4) L'oggetto del mandato

L'oggetto del contratto di mandato è costituito dall'atto gestorio, ovvero in base al dettato dell'art. 1703 c.c. dal compimento "di uno o più atti giuridici" che il mandatario si obbliga a porre in essere su incarico del mandante e nell'interesse di quest'ultimo.

Occorre puntualizzare che oggetto del mandato è l'attività del mandatario, non anche l'atto o il negozio giuridico in cui essa si concretizza, né il suo risultato. Se, per esempio, si tratta di un mandato ad acquistare, oggetto del mandato sarà il compimento dell'atto idoneo a far conseguire in capo al mandante la proprietà della cosa, cioè l'esercizio della necessaria attività, e non l'atto di acquisto né tutti gli atti preparatori che ad esso sono relativi.

In tal senso, pertanto, occorre distinguere tra il compimento dell'atto o del negozio e l'atto vero e proprio. Quest'ultimo costituisce lo strumento giuridico necessario per il conseguimento del risultato che il mandante si è prefisso e pertanto resta al di fuori della struttura del contratto di mandato.

Il mandato, dunque, ha per oggetto il compimento dell'attività del mandatario preordinata a rendere possibile il conseguimento di un preciso risultato, preventivamente fissato dal mandante. In tal modo, l'atto o gli atti compiuti dal mandatario, nell'espletamento del mandato, possono anche essere diversi da quelli in precedenza stabiliti dal mandante, riconoscendosi dalla legge la possibilità che il mandatario, ricorrendo determinati presupposti ed a determinate condizioni, si discosti dalle istruzioni ricevute (art. 1711, comma 2, c.c.), ma devono in ogni caso essere indirizzati verso la realizzazione del risultato voluto dal mandante e, quindi, comunque giustificabili in relazione ad esso. E ciò significa che l'attività del mandatario è un'attività che deve essere necessariamente svolta nell'interesse del mandante, cioè un'attività da cui il mandante medesimo derivi una certa utilità.

Sussiste in merito un contrasto in dottrina, infatti, alcuni interpreti ritengono che la proposizione, secondo cui l'obbligo di prestazione del mandatario è predisposto per l'attuazione dell'interesse del mandante, è senza dubbio esatta, ma non sembra esprimere un rilievo specifico al mandato. In ogni rapporto obbligatorio, può dirsi che l'obbligo di prestazione è predisposto per l'attuazione dell'interesse del creditore, ma da ciò giungere a richiedere che il mandatario

nell'adempiere al suo obbligo di prestazione debba mirare esclusivamente a realizzare l'interesse del suo mandante, significa compiere un saltus logico di vasta portata. (Minervini, 15; Dominedò, 118).

In merito si rileva che non vi è dubbio che il mandatario, quando esegue la prestazione persegue un suo specifico interesse che è individuabile, anche a prescindere dal mandato in rem propriam, nell'onerosità del contratto, e non vi è dubbio altresì che, come qualsiasi altra prestazione, anche quella del mandatario, è predisposta nell'interesse del mandante, vale a dire del soggetto che ne è creditore. Tuttavia quando si afferma che l'attività del mandatario è predisposta nell'interesse del mandante non ci si riferisce soltanto a quello che è il contenuto comune di qualsiasi obbligazione, vale a dire l'interesse del creditore, ma si fa riferimento a qualcosa di altro e diverso, che è tipica del mandato: cioè, al fatto che nel mandato ciò che in ogni caso emerge è l'alienità dell'attività del mandatario. Questo agisce per conto (e talvolta anche in nome) del mandante, vale a dire compie atti giuridici al posto ed in sostituzione del mandante, addirittura come se fosse lo stesso mandante.

L'agire nell'interesse del mandante non costituisce semplicemente l'effetto della prestazione dovuta, ma rappresenta propriamente il contenuto dell'obbligo del mandatario, al punto che l'agire nell'interesse del mandante finisce con l'assurgere a momento fondamentale del relativo contratto.

4.1) Nozione di atti giuridici oggetto del fare del mandatario

In base alla lettera dell'art. 1703 c.c. il "fare" del mandatario consistente nel compimento di "uno o più atti giuridici". In merito è stato osservato che: *"Può formare oggetto del mandato solo il compimento di atti che rilevino per l'ordinamento positivo come atti giuridici leciti: di atti cioè, che vengono in considerazione per le conseguenze giuridiche ad essi riconnesse e per il prodursi dei quali si richieda volontarietà e consapevolezza del comportamento da parte dell'agente"*. (Luminoso 1984, 119; Luminoso 2007, 34).

In sostanza per "atto giuridico" si intende il comportamento umano cosciente e volontario, al quale l'ordinamento collega un effetto giuridico che può consistere nella costituzione, nella modificazione o nell'estinzione di un rapporto giuridico. Nell'ambito di questa definizione si distinguono le seguenti categorie: atti giuridici in senso stretto, dichiarazioni di volontà o atti negoziali ed atti o dichiarazioni di scienza.

La dottrina per lo più assegna all'espressione "atti giuridici", contenuta nell'art. 1703 c.c., il significato di atti negoziali, ovvero di

atti giuridici in senso stretto. (Bavetta 1975, 339; Carpio 2007, 9; Mirabelli 1991, 518; Santagata 1985, 54; Graziadei 1994, 160).

La giurisprudenza di legittimità nell'individuare la nozione di atti giuridici ha elaborato le seguenti massime: *“Il contratto di mandato e di locazione d'opera si distinguono in relazione al rispettivo oggetto, che nel secondo caso è rappresentato da un'attività di cooperazione (estranea alla sfera negoziale), che si traduce nel compimento di un'opera o di servizio, materiale od intellettuale, mentre nel primo caso consiste in un'attività qualificata di conclusione di negozi giuridici per conto e nell'interesse del mandante, la quale tuttavia può concretarsi anche nel compimento di atti volontari non negoziali aventi rilevanza esterna, diretti alla conclusione ed al regolare adempimento di contratti tra le parti”*. (Cass. 26 luglio 2005, nr. 15607, MGC, 2007, 718).

Nello stesso senso: *“Non può qualificarsi di mandato il rapporto nel quale gli atti da compiere consistano solo in un'attività esecutiva riguardante adempimenti tecnico-pratici e di cooperazione materiale da cui esuli ogni profilo giuridico-negoziale, tanto meno se di tali adempimenti il soggetto incaricato debba sopportare in tutto o in parte il rischio economico”*. (Cass. Civ., Sez. II, 30 marzo 1995, n. 3803, MGC, 1995, 741).

Dalla massima citata si evince che a giudizio della Suprema Corte il mandato possa consistere anche nel compimento di atti volontari non negoziali, infatti. *“La prestazione del mandatario non deve necessariamente consistere nel compimento di negozi giuridici, ma può concretarsi anche nel compimento di atti volontari non negoziali che abbiano rilevanza giuridica . L'accertamento del giudice del merito in ordine all'esistenza o meno del mandato è incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da adeguata motivazione”*. (Cass. 22 febbraio 1983, nr. 1329, MGC, 1983, 2).

Di rilievo è anche il tema concernente la possibilità che il mandato abbia ad oggetto l'esercizio di attività imprenditoriale. In merito si è pronunciata la Cassazione con la sentenza del 18 gennaio 1982, n. 324 (FI, 1983, I, 2663), esprimendosi in termini negativi, ovvero rilevando che non può costituire oggetto del mandato l'incarico a svolgere un'attività imprenditoriale, in quanto essa non costituisce un atto o una pluralità di atti giuridici, bensì un fatto dinamico e continuativo, svolgentesi nel settore economico, al quale l'ordinamento giuridico attribuisce rilevanza come "status" del soggetto che effettivamente lo pone in essere. In definitiva si conclude che è inconcepibile un'interposizione reale di persona nell'esercizio di un'attività imprenditoriale, perché è imprenditore chi effettivamente esercita l'attività economica organizzata.

Questa opinione ha creato perplessità per quanto concerne la rappresentanza, in quanto è opinione comune che l'institore possa

qualificarsi come rappresentante generale dell'imprenditore.

Il problema è ancora più delicato nel mandato senza rappresentanza, in merito rileva la figura dell'imprenditore occulto. La casistica in esame infatti si caratterizza per la presenza di due figure, ovvero il c.d. imprenditore palese, soggetto che opera in proprio nome assumendo nei confronti di terzi diritti ed obblighi, ma che in realtà agisce come prestanome di un altro soggetto che somministra i mezzi, dirige l'impresa, fa propri i guadagni, ed è qualificato come imprenditore indiretto o occulto.

La Cassazione ha inoltre precisato che "*La prestazione del mandatario non deve peraltro necessariamente consistere nel compimento di negozi giuridici, potendo concretarsi anche nel compimento di atti volontari non negoziali aventi rilevanza giuridica esterna, diretti alla conclusione e al regolare adempimento di contratti tra le parti*". (Cass. 17 maggio 1993, nr. 5582, MGC, 1993, 879).

In pratica devono essere esclusi dall'oggetto del contratto di mandato gli atti materiali, ovvero gli atti tecnici o manuali. Comunque sulla questione sono emerse nuove interpretazioni che pongono il dubbio se nella nozione di cui all'art. 1703 c.c. debbano essere ricompresi anche atti materiali, da qualificarsi secondo una terminologia preferibile come fatti giuridici in senso stretto. A tal proposito si fa l'esempio della specificazione, unione o commistione di merce affidata al mandatario per la vendita, all'accessione a cose date in amministrazione e si conclude nel senso che l'attività materiale può costituire oggetto di mandato quando il suo compimento venga affidato in vista del risultato giuridico che attraverso tale attività si consegue, pertanto l'incarico potrà costituire oggetto di mandato solo se conferito in vista degli effetti giuridici conseguenti da tale attività.

Tale tesi crea perplessità, in quanto un conto è che l'attività c.d. materiale sia necessaria per l'esecuzione dell'atto gestorio, rientrando quindi tra gli obblighi necessari per l'adempimento dell'obbligazione primaria, altro è stabilire se possano costituire oggetto principale e specifico di obbligazione del mandatario. Se si considera la funzione gestoria tipica del contratto di mandato si può condividere che nell'oggetto del mandato devono essere ricompresi non solo gli atti per i quali l'incarico è stato conferito, ma anche quelli che sono necessari al suo compimento e, ovviamente, anche nell'ipotesi in cui abbiano natura materiale. Si può quindi concludere che il mandatario possa essere tenuto a compiere atti materiali ove tali atti rivestano un ruolo strumentale e funzionalmente secondario nel quadro dell'oggetto del mandato complessivamente considerato. (Luminoso 2007, 37; Carpino 2007, 11; Graziadei 1994, 160).

Il mandato non comprende solo gli atti per i quali è stato conferito, ma anche quelli che sono necessari al loro compimento (art. 1708, I

comma c.c.). Tali atti accessori rispetto alla prestazione principale non determinano il venir meno del tipo contrattuale inquadrabile nel mandato, anche se hanno natura di atti materiali.

In base all'oggetto il contratto di mandato è classificabile in mandato generale e mandato speciale. Il mandato generale sussiste quando l'incarico è conferito per tutti gli affari del mandante, oppure per tutti gli affari attinenti ad una data sfera di rapporti del mandante, invece, il mandato speciale si configura quando ha ad oggetto uno o più atti determinati, ovvero determinati tipi di atti. A differenza del mandato speciale, il mandato generale non comprende gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, salva una espressa indicazione contraria (art. 1708, II comma, c.c.).

4.2) Requisiti dell'oggetto del mandato: possibile, lecito, determinato o determinabile

Anche per il mandato valgono i principi della disciplina generale del contratto, quindi l'oggetto del mandato deve avere i medesimi requisiti previsti dalla legge per il contratto in generale, pertanto deve essere lecito, possibile, determinato o determinabile.

L'oggetto del mandato deve essere anzitutto lecito, ovvero non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume. E' contrario a norme imperative ed all'ordine pubblico quell'oggetto del mandato che consista nel conferimento dell'incarico di compiere un'attività propriamente illegale, cioè volta a violare leggi inderogabili, come, nel caso in cui il mandatario sia incaricato di stipulare, per conto del mandante, un patto leonino. E', invece, contrario al buon costume quel contratto di mandato che abbia ad oggetto il conferimento dell'incarico di compiere una qualsiasi attività delittuosa, come nel caso in cui al mandatario sia attribuito il compito di corrompere gli impiegati di imprese concorrenti o di vendere beni rubati. (Cass. 12 luglio 1956, nr. 2609).

Conseguenza dell'illiceità dell'oggetto è la nullità del mandato.

L'oggetto del mandato deve essere altresì possibile. E' possibile quell'oggetto che sia normalmente realizzabile, si deve trattare cioè di atti giuridici che il mandatario sia in condizione di compiere normalmente. Vale la distinzione comunemente operata tra impossibilità di fatto ed impossibilità giuridica: nel primo caso l'impossibilità risiede nella realtà delle cose, per cui l'incarico non è materialmente eseguibile, come accade nel caso in cui il mandatario sia incaricato di acquistare una cosa che non esiste o che è fuori commercio. Nel secondo caso, invece, l'impossibilità deriva da cause propriamente giuridiche come accade per esempio nel caso in cui al mandatario sia conferito incarico di vendere all'estero merci delle

quali l'esportazione è vietata.

Conseguenza dell'impossibilità dell'oggetto è la nullità del mandato.

L'oggetto del mandato, infine, deve essere determinato o quanto meno determinabile. Nel primo caso l'oggetto del mandato è precisato in tutti i suoi termini, sin dal momento in cui il contratto è stato concluso, per cui il mandatario conosce già qual'è l'atto giuridico che deve compiere. Nel secondo caso, invece, l'oggetto non è ancora determinato, essendosi le parti limitate a fissare i criteri idonei alla successiva determinazione. In mancanza il mandato è nullo, atteso che l'oggetto rappresenta un elemento essenziale.

5) La forma del mandato

Per la conclusione del contratto di mandato la legge non prescrive alcuna forma particolare, pertanto rimane controverso se il mandato sia un contratto costantemente aformale o se, invece, in alcune ipotesi, come quelle di mandato ad alienare o ad acquistare beni immobili o, in generale a compiere negozi solenni, debba configurarsi come contratto formale.

La giurisprudenza, dopo un iniziale contrasto soprattutto con riferimento al mandato ad acquistare immobili o beni mobili registrati, e composto con la sentenza della Corte di Cassazione 19 ottobre 1954, nr. 3861, (FI, 1995, I, 9) ha inizialmente consolidato un orientamento in base al quale il mandato, con o senza rappresentanza, per concludere un contratto per il quale sia richiesta la forma scritta ad substantiam deve essere conferito per iscritto a pena nullità. In merito si segnala: "*Quanto alla forma del mandato, è noto il principio, costantemente affermato da questa Suprema Corte, secondo cui il mandato, con o senza rappresentanza, così ad acquistare come a vendere beni immobili richiede la forma scritta ad substantiam (cfr. sent. n. 6239/1982; attestano la continuità dell'indirizzo: sent. n. 3217/1982; sent. n. 3706/1994; sent. n. 6063/1998). La ragione che, ad avviso della ricorrente, giustificerebbe una diversità di forma - vincolata per il mandato ad acquistare, libera per quello a vendere - è manifestamente priva di fondamento giuridico, attesa la perfetta identità di effetti, giammai traslativi ma semplicemente attributivi del potere di compiere atti giuridici nell'interesse (nel caso di mandato senza rappresentanza) od in nome e per conto (nel caso di mandato con rappresentanza) del mandante, derivante dal conferimento del mandato a vendere o ad acquistare beni". (Cass. 24 gennaio 2003, nr. 1137, Giust. Civ., 2003, I, 1812).*

In difformità all'orientamento giurisprudenziale sopra citato, avente ad oggetto sia il mandato con rappresentanza che il mandato senza

rappresentanza, è stato comunque ritenuto che il mandato con rappresentanza ad acquistare o vendere beni immobili, per il quale sia stata conferita procura scritta, non necessita di forma scritta ad substantiam e che il contratto di mandato a vendere un immobile non è nullo, per non essere stato stipulato per iscritto, atteso che già per effetto della procura è trasferito al mandatario il potere di manifestare al terzo il consenso del mandante alla vendita. (Cass. 10 novembre 2000, nr. 14637, Contr., 2001, 975).

In dottrina, nei primi decenni di applicazione del codice civile del 1942, era assolutamente prevalente l'opinione che anche per il mandato a concludere negozi solenni non fosse necessaria la forma scritta ad substantiam, non essendo possibile rinvenire alcuna disposizione di legge che la imponesse in deroga al principio generale della libertà della forma in materia contrattuale.

Al fine di affrontare lo sviluppo del dibattito dottrinale e meglio precisare l'evoluzione giurisprudenziale è opportuno affrontare il tema della forma del contratto di mandato, distinguendo tra mandato con rappresentanza (art. 1704 c.c.) e mandato senza rappresentanza (art. 1705 c.c.).

5.1) La forma del mandato con rappresentanza

Con riferimento al mandato con rappresentanza viene sottolineato che il rinvio di cui all'art. 1704 c.c. alle norme sulla rappresentanza, comporta il rinvio all'art. 1392 c.c., a tenore della quale la procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere.

Da ciò viene fatto discendere che il mandato con rappresentanza deve avere la stessa forma dell'atto che il rappresentante deve compiere. (Graziadei 1994, 161).

Questo orientamento viene criticato partendo dalla distinzione tra procura (e negozio rappresentativo) e mandato, evidenziando che la disposizione dell'art. 1392 c.c. fa espresso riferimento solo alla forma della procura e non anche alla forma del mandato: è solo la procura che deve avere la stessa forma richiesta per il contratto che il rappresentante andrà a concludere. Il negozio concluso dal rappresentante opera direttamente nei rapporti fra terzo e rappresentato, onde la procura, necessaria per l'immediatezza di quei rapporti, deve assumere la stessa forma propria del negozio che il rappresentante deve concludere. E ciò a differenza del mandato che come negozio diretto a regolare soltanto i rapporti interni fra mandante e mandatario rimane del tutto estraneo al negozio concluso dal mandatario con il terzo, e non partecipa, pertanto alle esigenze formali proprie di questo.

In proposito autorevole dottrina precisa: *"Giusta la regola dettata dall'art. 1392 c.c., la quale fissa un criterio di simmetria formale tra procura e negozio per la cui conclusione la stessa viene conferita, in tal caso è necessario, ma anche sufficiente, che l'esigenza della forma venga soddisfatta dalla procura e dal negozio rappresentativo, non anche dal mandato cui la prima si accompagna. In questa ipotesi, infatti, il titolo degli effetti (formali) che si producono direttamente nella sfera giuridica del mandante (rappresentato) è costituito dal contratto rappresentativo, non dal mandato e non si verificano - per definizione - spostamenti di beni tra mandante e mandatario. Da ciò la necessità di valutare le esigenze formali dell'operazione con esclusivo riferimento al contratto tra mandatario (rappresentante) e terzo ed alla procura la quale - qualsiasi concezione si accolga al riguardo - non può negarsi che, rispetto a quel contratto operi da negozio preparatorio"*. (Luminoso 1984, 370).

L'orientamento citato si fonda essenzialmente sulla distinzione tra mandato e procura che, infatti, vengono classificati come negozi distinti ma collegati. *"Mandato e procura sono, come si è detto, negozi distinti ma funzionalmente collegati; ed il nesso che reciprocamente li avvicina non incide sulla loro struttura bensì esplica rilevanza meramente funzionale. L'eventualità che mandato e procura siano documentati in un unico atto è circostanza che, seppur frequente, ha caratteristica accidentale; del tutto ininfluenza sul rispettivo regime formale dei due negozi. Da ciò consegue che, nel mandato con rappresentanza, la norma dell'art. 1392 c.c. si riferisce ed è applicabile solo limitatamente alla procura. E' soltanto la procura dunque, che deve rivestire la stessa forma richiesta per il contratto che il rappresentante andrà a concludere"*. (Santagata 1985, 192 - 193).

Anche in giurisprudenza si ritrovano massime orientate in tal senso, ovvero: *"Ferma la distinzione tra procura e mandato, risolvendosi, la prima, nel conferimento ad un terzo del potere di compiere un atto giuridico in nome di un altro soggetto e, il secondo, in un contratto in forza del quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici nell'interesse di un'altra - il mandato con rappresentanza a vendere beni immobili non è soggetto all'onere della forma scritta stabilito, ai sensi del combinato disposto degli artt. dell'art. 1392 e 1350 n. 1 c.c., per l'atto di procura, atteso che gli effetti del contratto di compravendita si producono in capo al rappresentato in forza del solo rapporto di rappresentanza, mentre il mandato spiega i suoi effetti nel rapporto tra rappresentante e rappresentato"*. (Cass. 30 maggio 2006, nr. 12848, VN, 2006, 1424).

In sostanza il mandato con rappresentanza a vendere beni immobili non è soggetto all'onere della forma scritta stabilita per la procura, in quanto esso spiega i suoi effetti nel rapporto interno, ovvero nel

rapporto tra rappresentato e rappresentante, mentre gli effetti del contratto di compravendita immobiliare in capo al rappresentato si producono in forza della sola procura, pertanto la soluzione di estendere solo a quest'ultima e non anche al mandato l'obbligo della forma solenne appare trovare una solida base proprio nel collegamento necessario, di tipo giuridico e funzionale, che è dato rinvenire tra il contratto base, sottoposto all'onere di forma, e l'atto di conferimento della procura.

In merito la Cassazione ha precisato che: "*Per contro, certamente, non decisivo, anche sul piano letterale, si presenta il disposto dell'art. 1704 c.c., il quale prevede che al mandato con rappresentanza si applicano anche le norme dettate per la procura, non già queste ultime tout court, lasciando quindi impregiudicata la questione se continui per esso a trovare applicazione il principio della libertà della forma*". (Cass. 30 maggio 2006, nr. 12848, VN, 2006, 1424).

Rispecchia l'orientamento descritto anche la seguente massima secondo cui: "*Nel caso di mandato ad alienare beni immobili, la forma scritta della procura a vendere, seguita dal contratto concluso dal rappresentante, parimenti per iscritto, è in grado di assolvere alla funzione di far acquistare al terzo il bene vendutogli e di realizzare un programma in cui il proprietario ha consentito. La regolamentazione dei rapporti nascenti dal mandato non necessita di forma scritta, perché alla base della disciplina della vicenda traslativa sta la procura*". (Cass. 10 novembre 2000, nr. 14637, Contr., 2001, 975).

In conclusione con riferimento alla forma del mandato con rappresentanza non dovrebbero sussistere problemi, infatti, una volta che il risultato dell'attività del mandatario è immediatamente attribuito al mandante per effetto della procura, non occorre che i rapporti interni tra mandante e mandatario abbiano a rivestire una particolare solennità. Ne consegue, quindi, che il mandato con rappresentanza resta un contratto a forma libera, indipendentemente dal suo oggetto e dall'oggetto del negozio gestorio.

5.2) La forma del mandato senza rappresentanza

Per il mandato senza rappresentanza non sussiste una norma analoga all'art. 1392 c.c., che sancisce l'estensione alla procura della stessa forma stabilita per il contratto che deve essere posto in essere, pertanto al fine di stabilire quale sia la forma prescritta per il mandato senza rappresentanza occorre distinguere tra mandato senza rappresentanza conferito per un negozio gestorio ove non è richiesta alcuna forma e mandato senza rappresentanza che faccia invece

riferimento ad un negozio gestorio ove è prescritta la forma solenne. Nella prima ipotesi giurisprudenza e dottrina hanno ritenuto applicabile il principio della libertà di forma, mentre con riferimento alla seconda ipotesi si sono sviluppate soluzioni contrastanti. Infatti, a fronte di un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale che riguarda alla compravendita di beni immobili e di beni mobili registrati esige la forma scritta ad substantiam, in dottrina emergono vari orientamenti.

Sussiste un primo orientamento basato sulla constatazione che nell'ordinamento manca una norma specifica in merito alla forma del mandato, pertanto tale contratto non può essere vincolato ad una particolare forma ad substantiam (tesi sostenuta da Bavetta 1975, 343; Bile 1961, 46; Carpino 2007, 14). Questa impostazione è stata criticata osservando che neppure per la compravendita o per la permuta esiste un'apposita disposizione che imponga una forma vincolata e che il criterio scelto dal nostro ordinamento è quello di far riferimento agli effetti formali del contratto, conseguentemente qualunque negozio idoneo a produrre il tipo di effetto giuridico considerato dalla legge (vedi ad esempio art. 1350 nn. 1, 2, 3, 4, 5) rimane assoggettato alla forma corrispondentemente stabilita. (Luminoso 2007, 60).

Altro orientamento dottrinale sostiene che il mandato deve avere la stessa forma del contratto alla cui conclusione il mandatario è obbligato, pertanto il mandato ad acquistare o ad alienare beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri deve avere forma solenne e ciò in base ad una simmetria formale con l'art. 1392 c.c. (in tal senso Minervini 1957, 26; Mirabelli 1991, 529; Rubino 1971, 278).

In merito la Cassazione ha sostenuto che: "*La stessa esigenza di certezza, cui si ispira la norma dell'art. 1392 c.c. con il prescrivere per la procura la forma richiesta per il contratto che il rappresentante deve concludere, invero, ricorre anche nel mandato senza rappresentanza, ove l'atto deve pur sempre essere virtualmente idoneo a produrre, anche se in forma indiretta, lo stesso effetto che il contratto concluso dal rappresentante produce direttamente nei confronti del rappresentato (art. 1705 e 2392 c.c.).*" (Cass., 17 giugno 1992, nr. 7453, MGC, 1992, 6).

Conforme a tale orientamento è anche la seguente massima secondo cui: "*Il mandato con o senza rappresentanza a concludere un negozio per il quale sia richiesta la forma scritta ad substantiam deve essere rilasciato per iscritto a pena di nullità. Pertanto l'esistenza di un mandato ad alienare (o acquistare) immobili, anche per quanto riguarda l'accettazione del mandatario, non può essere desunta sulla base di semplici presunzioni, dal comportamento esteriore del mandatario ed in ispecie dal mero comportamento, anche se*

concludente, come quello relativo alla stipulazione della vendita, dovendo essa risultare, non solo ai fini dell'opponibilità ai terzi, ma anche a quelli della sua validità fra le parti (mandante e mandatario) da atto scritto ad substantiam da cui risulti il suo consenso". (Cass. Civ., Sez II, 17 novembre 1982, n. 6239, GC, 1983, I, 1, 903).

Altro orientamento dottrinale si basa sull'applicazione analogica dell'art. 1351 c.c., sostenendo che, per quanto attiene l'obbligazione del mandatario di trasferire al mandante il risultato della gestione, il mandato operi come un contratto preliminare, infatti dal mandato nasce a carico del mandatario, oltre che l'obbligazione di concludere il contratto con il terzo, anche l'obbligazione di trasferire al mandante il diritto che con tale contratto abbia acquistato. Perciò, sotto quest'ultimo riflesso il mandato opera come contratto preliminare, con la conseguenza che, qualora l'atto di trasferimento solutionis causa abbia per oggetto diritti immobiliari, il mandato deve rivestire la stessa forma richiesta per l'atto di ritrasferimento, dovendosi far capo all'art. 1351 c.c., affinché il mandante possa far ricorso nell'ipotesi di inadempimento da parte del mandatario allo strumento di cui all'art. 2932 c.c. (richiamato dall'art. 1706 c.c., II comma). Altrimenti il mandante potrà reclamare dal mandatario inadempiente solo il risarcimento del danno.

La Corte di Cassazione sottolinea le identità strutturali tra il mandato ad acquistare beni immobili e il contratto preliminare, avvertendo che in entrambi i casi l'obbligo del trasferimento è suscettibile di esecuzione in forma specifica, come previsto per il mandato dall'art. 1706, II comma, c.c., che: "*Altro non può essere che applicazione al caso particolare del principio generale dell'art. 2932 c.c.*". (Cass., 19 ottobre 1954, n. 3861, FI, 1955, I, 9).

Altro orientamento dottrinale sostiene che il problema della forma del mandato va affrontato determinando di volta in volta se esso, per il tipo di effetto giuridico che ha l'idoneità a produrre, ricada o non in una previsione legale di forma solenne. Nello specifico è stato evidenziato che occorre non perdere di vista che, fatta eccezione per quelle ipotesi nelle quali la forma ad essentia viene imposta in considerazione della funzione che contrassegna il dato tipo legale (ad esempio donazione di beni di valore non modico di cui all'art. 782, 783 c.c.; costituzione di società di capitali di cui all'art. 2328, 2475 c.c.), il nostro sistema giuridico utilizza quale criterio per determinare i contratti formali quello che fa capo al contenuto degli effetti formali tipici del contratto, di conseguenza qualunque negozio patrimoniale idoneo a produrre il tipo di effetto giuridico considerato dalla legge (ad esempio art. 1350, n. 1, 2, 3, 4, 5 c.c.) rimane assoggettato alla forma corrispondentemente stabilita.

In merito la dottrina ha evidenziato che il principio di tassatività delle forme solenni impone un'interpretazione logico sistematica in base

alla quale non si deve ritenere che l'art. 1351 c.c. sia limitato solo alla figura del contratto preliminare in senso tecnico ma si deve riconoscere che il principio consacrato in questa norma va ricostruito nel senso che qualunque atto di volontà negoziale con il quale ci si impegni a contrarre richiede la stessa forma del contratto che ci si obbliga a concludere. Con la conseguenza che quando un siffatto impegno viene a costituire uno degli effetti essenziali di una fattispecie contrattuale, la fattispecie sarà da considerare come fattispecie negoziale a forma solenne. (Luminoso 2007, 63).

Applicando la teoria esposta al contratto di mandato, si ottiene che essendo il mandato un contratto ad effetti variabili inevitabilmente esso presenta anche una forma variabile. Infatti, dovendosi ritenere che la forma sia qui stabilita dalla legge in correlazione non alla causa gestoria, ma alle singole specie di effetti, esso si presenta come negozio a forma variabile. (Luminoso 1984, 375).

I risultati che si raggiungono sul piano pratico tengono conto dell'oggetto dell'incarico conferito al mandatario, pertanto, il mandato senza rappresentanza ad alienare beni immobili si sostiene debba essere redatto in forma scritta, in quanto concretizza un negozio traslativo (Carraro 1947, 111; Luminoso 2007, 62), mentre per il mandato senza rappresentanza a donare beni immobili sarà sufficiente la scrittura privata, infatti in questo caso permane la causa gestoria e non vi sarebbe una causa donativa. Non è, invece necessaria alcuna forma speciale per il mandato a donare beni mobili, anche se di valore non modico, e per il mandato a costituire una società di capitali.

In tema di società si segnala che il mandato a costituire una società di capitali in nome del mandatario non richiede ordinariamente la forma scritta, per quanto il contratto di società in cui consiste l'attività gestoria abbia natura formale. Tale conclusione si giustifica in forza della constatazione che, una volta, costituita la società il mandatario diventa titolare di una partecipazione sociale, qualificabile come un bene immateriale, la cui circolazione sfugge a prescrizioni formali, e la cui cessione al mandante è retta, pertanto dall'art. 1706 c.c., 1 comma. La questione è stata anche oggetto di pronuncia giurisprudenziale secondo cui *"Il mandato senza rappresentanza, sottostante ad una interposizione reale ovvero ad un negozio fiduciario, aventi per oggetto la costituzione di una società di capitali, non deve risultare da atto scritto, atteso che, una volta stipulato (tra il mandatario ed il terzo) il contratto solenne di costituzione di società, l'obbligo di ritrasferimento che ne consegue (fra mandante e mandatario) riguarda le quote sociali o le azioni (a seconda del tipo di società), e cioè un effetto che può essere raggiunto mediante negozi a forma libera"*. (Cass. 2 luglio 1990, n. 6764, GI, 1990, I, 1, 1694).

5.3) Conseguenze della nullità del mandato per difetto di forma

In dottrina in merito alla nullità del mandato chi accoglie la soluzione formale ne fa discendere sia la nullità del negozio traslativo di esecuzione del mandato ex art. 1706, II comma, c.c. sia l'impossibilità di riconoscere al mandante un'azione risarcitoria verso il mandatario inadempiente all'obbligo di trasferimento (Carnevali 1990, 3; Santagata 1985, 275).

In merito alla nullità che si estende anche al negozio traslativo è stato rilevato che nel caso in cui il mandato sia affetto da nullità per mancanza di forma solenne (artt. 1418, 1325 n. 4), non producendosi alcun effetto tipico di questo negozio, non sarà ipotizzabile alcuna azione contrattuale di danni del mandante contro il mandatario per il mancato trasferimento dell'immobile, come pure, in via di principio, alcun diritto al compenso da parte di questo, rimanendo soltanto salva la pretesa del mandante alla restituzione delle eventuali anticipazioni. (Luminoso 2007, 64).

In relazione al diritto del mandante ad ottenere il risarcimento del danno, la Suprema Corte non solo ha affermato la risarcibilità del danno che il mandante dimostra di aver subito, ma ha configurato anche una responsabilità extracontrattuale del mandatario in caso di appropriazione indebita: *"Nell'ipotesi di mandato ad acquistare beni immobili nullo per difetto di forma, l'acquisto effettuato dal mandatario, in nome e per conto proprio, concreta una totale inattuazione dell'obbligazione principale nascente dal contratto ex art. 1703 c.c. che dà luogo a responsabilità risarcitoria a carico del mandatario stesso. Se poi l'acquisto sia posto in essere da quest'ultimo non solo per proprio conto, ma distraendo a questo scopo di personale profitto il denaro del mandante, fiduciarmente consegnatogli per l'espletamento dell'incarico, l'appropriazione dei mezzi pecuniari somministrati "ex art. 1719 c.c., in violazione del rapporto fiduciario, integra gli estremi di un illecito penalmente rilevante ed espone il mandatario a responsabilità risarcitoria "ex delicto". (Cass. 3 aprile 1991, nr. 3468, Corg., 1991, 772).*

Escludono invece la risarcibilità del danno subito dal mandante per inadempimento del mandatario le seguenti sentenze: *"Il mandato ad acquistare beni immobili richiede la forma scritta "ad substantiam", sicché è inammissibile l'actio mandati per il risarcimento dei danni, giacché la nullità del negozio derivante dalla mancanza di uno dei requisiti di cui all'art. 1325 c.c. (nella specie forma scritta ad substantiam) impedisce che si costituisca il rapporto giuridico e che sorga quindi alcuna obbligazione tra le parti. Per ciò colui che ha conferito il mandato oralmente non può per la nullità del negozio rivendicare l'immobile, nè chiederne il trasferimento in suo favore,*

non essendo sorto a carico del preteso mandatario, l'obbligo corrispondente". (Cass. 18 giugno 1998, nr. 6063, MGC, 1998, 1347). Nello stesso senso: "Il mandato senza rappresentanza quando ha per oggetto il trasferimento di beni immobili richiede la forma scritta "ad substantiam" con la conseguenza che il difetto di tale forma comporta la nullità del negozio che (derivante alla mancanza di uno dei requisiti di cui all'art. 1325 c.c.) impedisce che si costituisca il rapporto giuridico e che sorgano obbligazioni tra le parti, sicché resta preclusa la possibilità per il mandate di esperire l' "actio mandati", neppure al fine di chiedere il risarcimento del danno da inadempimento con riguardo all'obbligo di trasferimento dell'immobile, non essendo sorta alcuna obbligazione da adempiere a carico del mandatario". (Cass. 12 gennaio 1991, nr. 256, MGC, 1991, 1).

CAPITOLO II

IL MANDATO CON RAPPRESENTANZA

1) La fattispecie normativa e gli effetti

Il mandato con rappresentanza, di cui all'art. 1704 c.c., non rappresenta un autonomo tipo contrattuale, infatti esiste un'unica nozione di contratto di mandato contenuta nell'art. 1703 c.c., dove l'elemento tipizzante è costituito dall'obbligazione assunta dal mandatario di compiere uno o più atti giuridici per conto del mandante. Le successive articolazioni previste dal codice nascono dal fatto che alla nozione fondamentale di mandato si aggiunge il conferimento del potere al mandatario di agire, oltre che per conto, anche in nome del mandante. Ne consegue che la rappresentanza è qualcosa che si aggiunge al mandato e che ne influenza gli effetti, quanto al modo di prodursi, ma non è un elemento che faccia parte della struttura del contratto o che comunque influisca in qualche maniera su di essa.

L'aggiunta del potere di rappresentanza non altera il profilo del tipo contrattuale: *"Nessuna alterazione di ordine funzionale subisce il mandato quando il mandatario sia tenuto a compiere l'attività gestoria in nome del mandante (art. 1704 c.c.). La previsione pattizia della spendita del nome del mandante, vista in un'ottica interna al rapporto di gestione, integra una determinazione convenzionale che arricchisce la prestazione debitoria del mandatario di una ulteriore modalità, cui egli dovrà attenersi nella fase di esecuzione dell'incarico"*. (Luminoso 1984, 51).

Si può osservare che la fattispecie normativa relativa al mandato con rappresentanza nasce da una previsione del legislatore ricavata in parte dall'art. 1703 c.c. ed in parte dall'art. 1704 c.c. che può essere così sintetizzata: il mandante conferisce al mandatario l'incarico di compiere uno o più atti giuridici non soltanto per suo conto (art. 1703 c.c.), ma anche in suo nome (art. 1704 c.c.) con l'intento di attribuirgli la legittimazione a rappresentarlo nell'attività gestoria posta in essere nei confronti del terzo.

Per quanto concerne la tematica degli effetti del mandato con rappresentanza, occorre combinare due modelli disciplinari, ovvero la disciplina del contratto di mandato e la disciplina inerente l'efficacia del contratto concluso dal rappresentante, in virtù del rinvio in base al quale *"si applicano anche le norme del capo VI del titolo II di questo libro"*, cioè gli artt. 1387 – 1400 c.c..

Una conferma in tal senso deriva dalla seguente opinione: *"Giova*

anzitutto rilevare che la legge non dice che al mandato con rappresentanza non si applicano le norme dettate in tema di mandato, dice soltanto che, quando il mandato è con rappresentanza, si applicano "anche" le norme relative a quest'ultima. E ciò sta a significare che, relativamente al mandato, le disposizioni contenute negli artt. 1703 – 1730 c.c. costituiscono la fonte normativa primaria, che va integrata, unicamente nel caso in cui al mandatario sia stato conferito il potere di agire in nome del mandante, con quelle relative alla rappresentanza, contenuta negli artt. 1387 – 1400 c.c.". (Bavetta 1975, 331).

Il rinvio alla disciplina di cui agli artt. 1387 – 1400 c.c. comporta l'applicazione delle norme che regolano la c.d. rappresentanza volontaria, ovvero il potere di rappresentanza conferito in base ad una autodeterminazione dell'interessato. Ne consegue che da tale disciplina sono escluse sia la c.d. rappresentanza necessaria o legale, che si pone come attribuzione di poteri per la tutela di interessi più generali sia la rappresentanza organica o delle persone giuridiche.

Sul fronte della rappresentanza legale si è parlato di "rappresentanza impropria", in quanto l'attività dell'agente si fonda su un potere proprio dell'agente medesimo, proveniente dalla legge, grazie al quale egli agisce in piena indipendenza dalla volontà di colui per cui agisce. E' stato poi sottolineato che, considerato che nella rappresentanza legale si prescinde dal consenso dell'interessato, la fattispecie si distingue nettamente dalla rappresentanza volontaria, dove l'autonomia del rappresentato è il dato qualificante.

In merito alla rappresentanza delle persone giuridiche, invece, è stato posto in risalto come, essendo in loro immedesimati gli organi che le impegnano e che con esse esprimono la volontà, viene a mancare il dato caratteristico ed essenziale della rappresentanza, ossia il fattore esterno.

2) Oggetto dell'attività gestoria

Il mandato con rappresentanza pone dei limiti, in quanto l'obbligazione del mandatario di compiere l'attività gestoria in nome e per conto del mandante non può avere ad oggetto qualsiasi atto. E ciò non deriva dalla disciplina del mandato, ma dal regime della rappresentanza da cui nascono dei limiti il cui ambito di applicazione viene variamente circoscritto e fatto coincidere, dalle singole correnti di pensiero, o, con il solo campo negoziale, o con gli atti (negoziali o non) a carattere dichiarativo o partecipativo, o, infine, con gli atti per i quali sussista nell'agente almeno la libertà di compierli o di non compierli. (Luminoso 1984, 120 -121).

E' stato, inoltre, osservato che il carattere necessariamente

"dichiarativo" della spendita del nome altrui da parte del rappresentante, dovrebbe indurre a circoscrivere l'ambito di operatività della rappresentanza al compimento dei soli atti (sia in senso stretto che di natura negoziale) partecipativi o di dichiarazione, in sé destinati quindi a terzi o ad un terzo determinato. Per i cosiddetti atti reali o operazioni, non essendo concepibile una vera e propria rappresentanza, dovrebbe ammettersi il solo mandato in nome proprio, il quale non sembra incontrare ostacoli nell'eventuale natura "non dichiarativa" dell'atto gestorio.

In altre parole la rappresentanza ricorre solo quando il soggetto che agisce, indica il terzo come destinatario degli effetti, dichiarando di compiere l'atto in nome altrui. Questo comporta che il concetto di rappresentanza sarebbe ammissibile solo per le attività dichiarative e non per i comportamenti non dichiarativi, per i quali può prospettarsi una generica sostituzione nel compimento dell'atto.

Alcuni, al contrario, sostengono che l'istituto della rappresentanza è applicabile anche agli atti non dichiarativi e nello specifico a quei comportamenti che pur essendo suscettibili di una proficua sostituzione, si presentano isolati da ogni contesto significativo di rappresentanza e sono inidonei a manifestare nella loro materialità il riferimento del regolamento ad un soggetto diverso dal loro autore, (Santagata 1985, 168 – 169). In dottrina si rileva essere il caso del conferimento di una procura generale ad amministrare, la quale ben può comportare l'obbligo di curare la riscossione dei crediti del dominus. In tali casi il procuratore è legittimato a richiedere al debitore del mandante il pagamento di un credito altrui solo se dichiara di agire come rappresentante del creditore e, solo se richiesto dal terzo, sarà tenuto all'onere di giustificare i suoi poteri (art. 1393 c.c.), in virtù dei quali sarà altresì legittimato a rilasciare quietanza (art. 1199 c.c.).

In giurisprudenza il tema è stato affrontato dalla Suprema Corte ed è sintetizzabile nella seguente massima: *"Lo svolgimento delle sole trattative in vista della conclusione di un contratto può essere oggetto di mandato con rappresentanza, in quanto la prestazione del mandatario non deve consistere necessariamente nella conclusione di negozi giuridici, ma può concretarsi anche nel compimento di atti volontari non negoziali, e le norme sulla rappresentanza sono applicabili, per analogia, anche agli atti giuridici leciti c.d. simili ai negozi (quali la costituzioni in mora, la denuncia di vizi, le partecipazioni in genere, ecc.). Ne consegue che, allorché le trattative siano svolte da un mandatario con rappresentanza, sia pure limitata alla sola fase precontrattuale, con esclusione della stipula del contratto, gli atti compiuti dal rappresentante sono direttamente ed automaticamente imputati al rappresentato, con conseguente riferibilità a quest'ultimo della responsabilità precontrattuale*

eventualmente configurabile". (Cass. 4 marzo 2002, nr. 3103, SI, 2002, 1126).

Nella motivazione di questa sentenza si afferma il principio secondo cui le norme sulla rappresentanza si applicano solo ai negozi giuridici, mentre con riferimento agli atti giuridici leciti non negoziali le norme sulla rappresentanza si applicano in via analogica, ricorrendone i presupposti, soltanto ove si tratti di c.d. atti simili ai negozi (quali la costituzione in mora, la denuncia di vizi, le partecipazioni in genere, ecc.), con esclusione degli atti materiali non espressione di pensiero, ma tipicamente diretti alla semplice produzione di un evento, i c.d. *realakte* (trasformazione, acquisto o perdita di detenzione).

3) Il rapporto tra mandato e procura

Nel contratto di mandato con rappresentanza si ritrovano due diverse realtà giuridiche, ovvero la cooperazione gestoria di fonte contrattuale e la sostituzione, cioè il fenomeno in base al quale un soggetto agisce non solo per conto ma anche in nome altrui.

Ne consegue che gli aspetti della "gestione" devono correlarsi con quelli della "rappresentanza", ovvero occorre coordinare figure giuridiche che assolvono funzioni diverse.

La dottrina è unanime nel riconoscere l'autonomia concettuale e funzionale dei rapporti di mandato e rappresentanza, anche quando, come nel caso del mandato con rappresentanza, essi sono connessi.

Mentre il mandato investe il mandatario dell'incarico di compiere uno o più atti giuridici per conto altrui ed assolve la funzione di deviare il negozio o l'atto giuridico nel suo momento economico sostanziale dall'agente verso il soggetto per conto del quale l'atto è posto in essere, la rappresentanza attribuisce il potere di spendere il nome del mandante, cioè di compiere l'attività giuridica in nome di lui, in modo che gli effetti, vantaggiosi e non, di tale attività incidano direttamente sulla persona del rappresentato.

La rappresentanza è distinta dal mandato anche formalmente, in quanto ha la sua fonte in un negozio concettualmente e sostanzialmente distinto dal mandato, ovvero la procura.

La procura ha una duplice efficacia: nei confronti del dominus, il quale dichiara propri gli effetti del futuro negozio compiuto da un altro e nei confronti del terzo contraente a cui si rende noto che il negozio da lui stipulato col rappresentante interessa invece il rappresentato.

Il contratto di mandato regola i rapporti interni tra mandante e mandatario, mentre la procura è destinata al rapporto esterno tra rappresentante e terzo. In tal senso si è pronunciata anche la Corte di

Cassazione secondo cui: *"Il contratto di rappresentanza regola i rapporti interni tra rappresentante e rappresentato, mentre, la procura, quale atto unilaterale per la cui efficacia non occorre l'accettazione del procuratore, disciplina, invece, i rapporti esterni, ed è diretta ai terzi, con i quali il rappresentante è destinato ad entrare in relazione per assolvere l'incarico assunto verso il rappresentato"*. (Cass. 7 gennaio 1964, nr. 9, RDL, 1965, II, 209).

La procura serve certamente a sorreggere la rappresentanza, perché è ad essa che, nei rapporti esterni, si deve fare riferimento ed è ad essa che il mandatario ed il terzo uniformano la conclusione dell'affare. Ma, rispetto ai rapporti interni, tra mandatario e mandante, la procura non può non essere conforme al contenuto del mandato, anzi tra l'una e l'altro deve sussistere assoluta rispondenza, come è testimoniato dal fatto che il mandatario deve agire in nome del mandante ed in conformità dell'incarico ricevuto, di cui la procura è appunto l'espressione formale. Ne consegue che rispetto al mandato con rappresentanza, la procura ed il rapporto gestorio stanno in posizione paritetica: entrambi concorrono a sorreggere la rappresentanza, con la differenza che mentre la procura opera nel senso di attribuire al mandatario la legittimazione ad agire nel nome del mandante, il rapporto gestorio serve a giustificare le specifiche attribuzioni patrimoniali e quindi a spiegare come sorgano, in capo al mandante, i diritti e gli obblighi derivanti dall'attività compiuta dal mandatario.

Nel mandato con rappresentanza il terzo ha riguardo alla procura, nel senso che ha interesse a conoscere quali siano in concreto i poteri che, per il tramite di essa, sono stati conferiti al mandatario. Il terzo non ha interesse a conoscere il contenuto del rapporto gestorio ma sa che questo esiste e, anzi, ha interesse all'esistenza di esso, perché altrimenti la procura, non essendo sorretta da tale rapporto, sarebbe invalida. Da tale profilo, dunque, può condividersi l'assunto secondo cui nell'agire in nome altrui il rappresentante si presenta come cooperatore del principale.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, in un'unica dichiarazione contrattuale sono fusi due negozi distinti: uno per la gestione (il mandato) e uno per la rappresentanza (la procura). La distinzione ha effetti sulla struttura contrattuale, infatti la procura non è una clausola del contratto di mandato, ma un distinto negozio unilaterale autonomo: *"Quando il negozio di conferimento del c.d. potere di rappresentanza e il contratto di gestione si presentano fusi in una dichiarazione esteriore unica, niente vieterebbe, in via di principio, di pensare che il primo atto, pur conservando la propria individualità e funzione, sotto il profilo strutturale si trasformi in una semplice clausola di quel contratto. Ma proprio la spiccata autonomia (sotto il profilo sia funzionale, che della disciplina dell'atto e del relativo rapporto) che in queste ipotesi si dovrebbe*

comunque riconoscere all'atto di conferimento della legittimazione rappresentativa in seno al contenuto del contratto di gestione, rende forse tecnicamente più plausibile la configurazione di un'autonomia anche strutturale di tale atto. Ove si ammetta siffatta autonomia strutturale, sarebbe comunque certo, nelle ipotesi in discorso, l'esistenza di un collegamento funzionale tra procura e negozio di gestione". (Luminoso 1984, 37-38, Betti 1960, 579; Donisi 1982, 161; Mirabelli 1991, 559; Santagata 1985, 150).

A questa corrente se ne oppone un'altra per la quale non può escludersi che all'unità della struttura negoziale corrisponda un unico negozio: *"Quanto alla struttura dell'atto di conferimento della legittimazione rappresentativa va tenuto presente che l'indicazione fornita dall'art. 1387 c.c., che può far ora considerare sufficiente la dichiarazione unilaterale di volontà del dominus, non vale più ad escludere che, allo stesso effetto, possa venire in considerazione un procedimento più complesso, quale quello contrattuale, nel quale la suddetta dichiarazione trova immediata rispondenza in una corrispondente dichiarazione dell'altra parte. Che è quanto può dirsi per l'ipotesi, in un certo senso tipica, dell'art. 1704 c.c., e può ripetersi per altri contratti con i quali si dà vita ad analoghi rapporti di gestione. E' anzi, agevole notare che, se in certi casi può essere necessaria una clausola ad hoc (come appunto nel mandato, che altrimenti, non comprenderebbe il potere di rappresentanza) in altri non c'è neanche bisogno di una simile clausola perché il suddetto "potere" è una conseguenza naturale del contratto (come nella preposizione institoria ex art. 2204 c.c.)". (Bigliuzzi Geri 1987, 997; Pugliatti 1965, 526; Papanti -Pelletier 1984, 20).*

In sintesi la rappresentanza volontaria può avere una fonte di duplice natura: può essere conferita mediante un apposito atto unilaterale, la procura, cui non corrisponde alcun rapporto di gestione, oppure può essere conferita mediante il contratto (di mandato, di agenzia, di società, di lavoro subordinato) che crea tra le parti un rapporto di gestione, alternativamente come effetto naturale o per effetto di una clausola a tal fine prevista dalle parti.

L'impostazione prevalente che porta a distinguere nel contratto di mandato con rappresentanza due diverse strutture negoziali, merita di essere riconsiderata perché la configurazione di un negozio unilaterale di procura funzionalmente collegato al mandato, costituisce un'artificiosa costruzione che non risponde alle realtà contrattuali diffuse nella pratica. Si comprende, quindi, come la prospettiva del mandato con negozio unilaterale di procura non viene più assunta in termini assoluti.

3.1) L'autonomia della procura

La condizione di completa autonomia che sussiste tra procura e rapporto di mandato si manifesta anche nel momento della loro cessazione, infatti l'eventuale irrevocabilità del mandato si riflette esclusivamente nei rapporti interni tra mandante e mandatario, mentre la permanenza del potere rappresentativo è legata alla mancata revoca della procura.

Assai significativa in tal senso è la seguente massima: "*Nel mandato conferito nell'interesse del mandatario, in presenza di procura, l'irrevocabilità prevista dall'art. 1723, comma 2, c.c. si esaurisce nel rapporto interno fra il mandante e il mandatario e non è opponibile al terzo debitore, il quale, nell'ipotesi di mandato all'incasso, avuta comunicazione della revoca della procura (sempre possibile in base alla relativa disciplina, in quanto la procura è atto unilaterale recettizio ed astratto, assolutamente autonomo rispetto al negozio gestorio sottostante), non è tenuto a corrispondere il pagamento al mandatario, non più legittimato ad agire in nome del mandante*". (Cass. 4 dicembre 1996, nr. 10819, MGC, 1996, 1672).

Si è qui al cospetto di un principio di spiccata autonomia dell'atto ex art. 1392 c.c. rispetto al negozio gestorio, la quale rinviene la sua giustificazione ed il suo presupposto nella specificità della normativa sulla procura, la cui revoca è disciplinata dall'art. 1396 c.c., mentre quella del mandato dagli artt. 1722 ss. c.c.

La spiccata autonomia della procura è attestata dalla circostanza che può essere inerente a più figure giuridiche e non solo al mandato, pur se è questo il maggior settore di applicazione.

Chiara espressione giurisprudenziale di siffatta autonomia si ritrova nella seguente massima: "*Nel mandato conferito nell'interesse del mandatario, con attribuzione di procura, l'irrevocabilità del mandato prevista dall'art. 1723, comma 2, c.c., si esaurisce nel rapporto interno fra il mandante ed il mandatario e, pertanto, l'efficacia e la "validità" del contratto concluso, con il terzo, dal mandatario, restano sempre subordinate alla permanenza del potere di rappresentanza, e quindi, alla non revoca della procura. Più in particolare, essendo la procura un negozio unilaterale, recettizio ed astratto, essenzialmente revocabile in quanto assolutamente autonomo rispetto al negozio gestorio sottostante (mentre l'irrevocabilità, prevista dall'art. 1723, comma 2, c.c., attiene al negozio gestorio medesimo e si esaurisce nel rapporto interno fra il mandante e il mandatario), la revoca della procura determina l'estinzione del potere di rappresentanza medesimo*". (Cass. 11 febbraio 1998, nr. 1388, MGC, 1998, 300).

La Corte ha chiarito che la procura con cui viene conferito il potere di agire in nome del rappresentante costituisce un atto unilaterale

recettizio ed astratto, vale a dire indipendente dal negozio gestorio sottostante rispetto al quale gode di assoluta autonomia anche se compresa nel contesto di uno di tali negozi che danno vita al rapporto di gestione (mandato, società, contratto di lavoro). Per il suo carattere astratto non è consentito quindi estendere ad essa la disciplina applicata al rapporto gestorio. Diverse conclusioni non possono essere tratte per il mandato sulla base della previsione dell'art. 1704 c.c., in quanto tale norma non estende alla rappresentanza le disposizioni sul mandato ma anzi richiama, nel caso di mandato con rappresentanza, le norme sulla rappresentanza e quindi anche quella sulla revocabilità della procura (art. 1396 c.c.), che trovano così piena applicazione. Conseguentemente, mancando nella disciplina relativa alla procura una norma, come quella di cui all'art. 1723, Il comma, c.c. riguardante il mandato, che ne preveda l'irrevocabilità, trova in ogni caso applicazione il principio della revocabilità della procura previsto dal citato art. 1396 c.c., in base al quale il potere di rappresentanza deve essere sempre sorretto dalla volontà del rappresentato.

4) Forma del mandato con rappresentanza

Nel mandato con rappresentanza il rapporto tra mandato e procura produce i propri effetti sulla questione della forma ad substantiam.

I due negozi possono presentarsi distinti, ovvero mandato con separata procura funzionalmente collegata oppure possono presentarsi in un unico contratto nella forma del mandato con rappresentanza.

La Cassazione in materia ha elaborato la seguente massima: "*Ferma la distinzione tra procura e mandato – risolvendosi, la prima nel conferimento ad un terzo del potere di compiere un atto giuridico in nome di un altro soggetto e, il secondo, in un contratto in forza, del quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici nell'interesse dell'altra – il mandato con rappresentanza a vendere beni immobili non è soggetto all'onere della forma scritta stabilito, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1392 e 1350 nr. 1 c.c. per l'atto di procura, atteso che gli effetti del contratto di compravendita si producono in capo al rappresentato in forza del solo rapporto di rappresentanza, mentre il mandato spiega i suoi effetti nel rapporto tra rappresentante e rappresentato*". (Cass. 30 maggio 2006, nr. 12848, VN, 2006, 1424).

E' opportuno ricordare le conseguenze del difetto di forma: in ipotesi di procura rilasciata in forma verbale per la compravendita di immobili, la Cassazione ha rilevato che il difetto di forma della procura ne comporta la nullità e quindi il soggetto a cui è stata conferita agisce quale falsus procurator, con la conseguenza che il

negozio da lui concluso non è nè nullo nè annullabile, ma inefficace nei confronti del dominus fino alla ratifica di questi. (Cass. 14 maggio 1997, nr. 4258, MGC, 1997, 743).

Altra massima particolarmente interessante è la seguente: "*Procura e contratto di mandato senza rappresentanza producono effetti negoziali diversi: la prima conferisce ad un soggetto il potere di agire nel nome e in vece del rappresentante; il secondo obbliga il mandatario al compimento di attività giuridiche nell'interesse del mandante, senza spendere il suo nome. Poichè però entrambi i negozi assolvono il ruolo di manifestazione della volontà, rispettivamente del rappresentato, o del mandante, di ottenere il compimento dell'attività da parte del rappresentante o del mandatario, condizione di validità dell'uno e dell'altro è che tale manifestazione abbia la medesima forma prescritta perchè l'attività – che può, o deve, essere compiuta – possa produrre gli effetti voluti. Qualora invece il mandante conferisca la rappresentanza al mandatario, la forma per la validità del contratto di mandato è libera, con conseguente costituzione dei rispettivi diritti e obblighi, mentre per la forma necessaria alla validità della procura si applicano i principi predetti*". (Cass. 10 novembre 2000, nr. 14637, Contr., 2001, 975).

5) La spendita del nome del mandante

Nell'ambito del contratto di mandato, a seconda della spendita o meno del nome del mandante da parte del mandatario, si configurano rispettivamente la fattispecie del mandato con rappresentanza e quindi il relativo rapporto si sviluppa secondo le regole della rappresentanza diretta, ovvero la fattispecie del mandato senza rappresentanza e quindi il relativo rapporto si sviluppa secondo le regole della rappresentanza indiretta.

Lo strumento alla base del distinguo è la *contemplatio domini*: nel mandato con rappresentanza, affinché il mandate rappresentato possa far propri gli effetti dell'atto o del negozio giuridico compiuti dal mandatario rappresentante e possa rispondere verso il terzo, è assolutamente necessario che il mandatario spenda il nome del mandante, infatti anche in ipotesi di conferimento di incarico con procura, in difetto della spendita del nome, la fattispecie concreta ricade nell'ambito applicativo dell'art. 1705 c.c.

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che: "*Nel sistema del codice vigente la spendita del nome del rappresentante deve essere espressa, nel senso cioè che chi contrae per conto altrui deve portare a conoscenza dell'altro contraente che egli agisce non solo nell'interesse, ma anche nel nome di un soggetto diverso il quale, in tal modo, acquista i diritti ed assume gli obblighi derivanti dal*

contratto". (Cass. 10 dicembre 1996, nr. 10989, MGC, 1996, 1708).
E' evidente che, sul fronte esterno, in caso di mancata spendita del nome da parte del mandatario, nonostante il mandato sia stato conferito attribuendo il potere di rappresentanza, l'attività gestoria deve essere considerata come avvenuta in nome proprio, cioè senza rappresentanza e ciò a prescindere dalla eventuale conoscenza da parte del terzo del rapporto di mandato: *"Quando sia mancata la spendita del nome del mandante al momento della contrattazione, gli effetti del negozio - anche se l'altro contraente abbia avuto "aliunde" la conoscenza del mandato e dell'interesse del mandante nell'affare - si consolidano direttamente in capo al mandatario, realizzandosi così un caso di sostituzione reale di persona e non costituendosi alcun rapporto tra mandante e terzo. Conseguo che il mandatario senza rappresentanza può agire in giudizio in nome proprio, nei limiti di cui all'art. 1708 c.c., a tutela dei diritti di pertinenza sostanziale del mandante senza che l'esternazione del mandato, fatta successivamente al contratto acquisitivo del diritto, incida sulla posizione sostanziale e processuale del mandatario stesso, potendo soltanto l'effettuato ritrasferimento al mandante del bene acquistato per suo conto integrare una successione a titolo particolare nel relativo diritto controverso, con gli effetti di cui all'art. 111 c.p.c. (e salva la prosecuzione del giudizio fra le parti originarie nel difetto delle condizioni per l'estromissione dell'alienante)"*. (Cass. 27 novembre 1986, nr. 6998, GI, 1987, I, 1, 2054).

In merito alle modalità di spendita del nome del rappresentato mandante da parte del rappresentante mandatario, è da segnalarsi una posizione di maggior rigore emersa in risalenti pronunce: *"In precedenti decisioni la Suprema Corte ha seguito un orientamento più rigido, escludendo che la contemplatio domini potesse essere desunta da elementi presuntivi, dovendo la spendita del nome del rappresentato, nel mandato con rappresentanza, essere espressa. Secondo questo orientamento, nei contratti conclusi per mezzo di rappresentante la spendita del nome del rappresentato deve avvenire in maniera espressa e univoca, ancorché senza necessità di formule sacramentali, con l'effetto che, mancando la dichiarazione espressa del rappresentante, non è ammissibile che la spendita del nome del rappresentato possa essere desunta da elementi presuntivi (cosiddetta contemplatio domini tacita) e, pertanto, la conoscenza che l'altro contraente abbia della esistenza della procura non è sufficiente ad attribuire al rappresentato la titolarità del negozio, che si considera perciò concluso dal rappresentante in nome proprio, a norma dell'art. 1705 c.c. (v. Sent. 5057/1978, tra le tante che hanno seguito questo orientamento: sent. 2900/1969, 55/1976, 2728/1976, 270/1978, 337/1978, 5777/1978, 1999/1979)"*. (Cass. Sez. Lav., 20 ottobre 2003, nr. 15691, MGC, 2003, 10).

Questo indirizzo si è attenuato come si apprende dalla seguente massima: *"L'esternazione del potere rappresentativo può avvenire anche senza espressa dichiarazione di spendita del nome del rappresentato, purché vi sia un comportamento del mandatario che, per univocità e concludenza, sia idoneo a portare a conoscenza dell'altro contraente la circostanza che egli agisce per un soggetto diverso, nella cui sfera giuridica gli effetti del contratto sono destinati a prodursi direttamente. L'accertamento circa la sussistenza o meno della spendita del nome del rappresentato è compito devoluto al giudice del merito ed è incensurabile in sede di legittimità ove sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici e da errori di diritto"*. (Cass. Sez. Lav., 20 ottobre 2003, nr. 15691, MGC, 2003, 10).

Nel rilevare la permanenza nella giurisprudenza di legittimità, del contrasto tra le due opzioni interpretative divergenti in ordine alla modalità della manifestazione (espressa o tacita per fatti concludenti) della *contemplatio domini*, autorevole dottrina si è espressa prendendo posizione in senso favorevole circa l'ammissibilità di una *contemplatio domini* tacita, con il conseguente riconoscimento della possibilità di esteriorizzare il potere rappresentativo mediante una dichiarazione espressa ovvero un comportamento concludente, come, del resto di regola accade per ogni manifestazione di volontà negoziale. In questa ottica, si giustificherebbe un trattamento peculiare soltanto per i contratti che richiedono la forma scritta ad *substantiam*, dovendo, in tal caso, la *contemplatio domini* desumersi da elementi risultanti dal documento contrattuale.

Particolarmente interessanti sono i profili che riguardano la prova della spendita del nome del mandante. In merito rileva la Cassazione che: *"Nei contratti conclusi dal rappresentante, la prova che il rappresentante abbia espressamente speso il nome del rappresentato può essere fornita anche per presunzioni, diversamente dal caso in cui sia mancata una espressa spendita del nome, in cui gli effetti del negozio si consolidano direttamente in capo al rappresentante anche se l'altro contraente abbia avuto comunque conoscenza del mandato o dell'interesse del mandante nella conclusione dell'affare: in quest'ultimo caso, infatti, una eventuale contemplatio domini tacita non può essere desunta da elementi presuntivi"*. (Cass. 12 gennaio 2007, nr. 433, MGC, 2007, 1).

Nella motivazione si legge: *"L'inammissibilità, dedotta dalla ricorrente, che la spendita del nome del rappresentato, nei contratti conclusi per mezzo del rappresentante, possa desumersi da elementi presuntivi, non sussiste, non essendo previsti limiti alla prova per presunzioni sul punto, diversi da quelli propri della prova per testimoni, ai sensi del secondo comma dell'art. 2729 c.c. Il principio enunciato dalla Corte di Cassazione, con sentenza nr. 1999/1979,*

segnatamente richiamata dalla ricorrente, non è pertinente, riguardando fattispecie diversa da quella considerata dalla Corte di merito, che, appunto, ha desunto da elementi presuntivi l'espressa spendita del nome della società rappresentata dal controricorrente al tempo del conferimento dell'incarico professionale. Il principio, di cui alla sopraindicata pronuncia della Corte di Cassazione, peraltro temperato in successive pronunce (v. Cass. nr. 4131/1981, nr. 3290/1982, nr. 936/1984), riguardava, invece, la diversa ipotesi della cosiddetta contemplatio domini tacita, ossia il caso della mancanza di spendita espressa del nome del rappresentato, con la conseguenza che in tale caso, come appunto enunciato in sentenza, "quando sia mancata un'espressa spendita del nome del rappresentato, gli effetti del negozio si consolidano direttamente in capo al rappresentante anche se l'altro contraente abbia avuto comunque conoscenza del mandato e dell'interesse del mandante nell'affare: ne consegue che la contemplatio domini non può essere desunta, qualora sia contestata, da elementi presuntivi". (Cass. 12 gennaio 2007, nr. 433, MGC, 2007, 1).

In questo senso si rileva questo precedente: *"Poiché non è necessario che la contemplatio domini negoti risulti dal contratto concluso dal rappresentante ovvero sia espressa con formule solenni, può essere dedotta da univoci elementi idonei a rivelare che l'attività di questo è svolta, oltre che nell'interesse, anche nel nome di un altro soggetto. Accertare se vi sia stata la spendita del nome del rappresentato è compito del giudice di merito". (Cass. 10 dicembre 1996, nr. 10989, MGC, 1996, 1708).*

In merito al soggetto su cui grava l'onere di dimostrare la spendita del nome altrui la Cassazione ha precisato che: *"Quando viene stipulato un contratto si presume che i soggetti stipulanti agiscano per sé stessi, a meno che non dichiarino espressamente di agire in nome e per conto di altri, non facciano cioè espressamente la cosiddetta "contemplatio domini". Nel caso sorgano contestazioni, è il contraente che assume di aver agito in nome e per conto di altri a dover fornire la prova di avere, al momento della stipulazione del contratto, espressamente dichiarato di agire in virtù di un potere rappresentativo a lui conferito, mediante la "contemplatio domini", e non già l'altro contraente a dover dimostrare che, invece, tale "contemplatio" abbia nella specie fatto difetto. E se è vero che la "contemplatio domini" può essere anche implicita o manifestata per fatti concludenti, tale principio, basato sulla tutela dell'affidamento incolpevole, può essere invocato da chi ha contrattato con una persona ritenendola rappresentante del soggetto legittimato al negozio e non può di certo valere nel caso opposto, quando cioè colui che ha contrattato senza spendere in modo univoco il nome del rappresentato, cerca di sottrarsi alla responsabilità personale*

derivante dal suo ambiguo comportamento". (Cass. 8 novembre 2000, nr. 14530, MGC, 2000, 2283).

Si consideri, per completezza argomentativa, che la *contemplatio domini*, distingue il mandato con rappresentanza dalla commissione, a quale è un sottotipo qualificato di mandato senza rappresentanza che, quindi, non prevede la spendita del nome del mandante. Pertanto, mentre il negozio concluso dal mandatario con rappresentanza produce i suoi effetti direttamente in capo al mandante, quello posto in essere dal commissionario produce i suoi effetti giuridici nel patrimonio dello stesso commissionario, occorrendo un ulteriore atto giuridico per riversarli nel patrimonio del committente.

6) L'articolazione dei rapporti giuridici nel mandato con rappresentanza

Per affrontare la tematica degli effetti del mandato con rappresentanza occorre tener conto che quest'ultimo risente di due modelli disciplinari, ovvero quello dedicato al mandato e quello in materia di contratti conclusi dal rappresentante in nome del rappresentato (art. 1387 – 1400 c.c.). Anche la lettera dell'art. 1704 c.c. conferma l'autonomia dell'istituto della rappresentanza rispetto al sottostante negozio di gestione, che nella specie è quello di mandato.

La fattispecie della rappresentanza volontaria si esaurisce in due elementi essenziali che sono l'agire in nome altrui e la procura rilasciata dal soggetto nel cui nome si agisce. Tali aspetti trovano la loro disciplina nelle norme di cui agli art. 1387 c.c., mentre il mandato anche se obbliga il mandatario ad agire in nome del mandante, regola sempre il rapporto interno, intercorrente tra mandante e mandatario.

Nell'analizzare le posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti nel mandato con rappresentanza occorre, quindi, tenere distinti i piani relazionali, ovvero quello interno fra mandante e mandatario, rispetto a quello esterno tra mandante e terzo.

Inoltre occorre tener conto del fatto che la spendita del nome del mandante rappresentato, nell'esercizio dell'attività gestoria svolta dal rappresentante mandatario, crea un rapporto giuridico diretto fra mandante e terzo.

6.1) La posizione giuridica del mandante

In merito al rapporto interno tra mandante e mandatario occorre rilevare che l'attribuzione al mandatario del potere di agire in nome del mandante non altera i doveri del mandante che sarà comunque

tenuto a dare istruzioni sulle modalità di esecuzione del mandato, a mettere a disposizione tutto quanto necessario per l'espletamento dell'attività gestoria, a pagare l'eventuale corrispettivo pattuito, a corrispondere anticipazioni e a rimborsare le spese sostenute dal mandatario.

Il mandatario munito di rappresentanza è sempre un cooperatore giuridico. Come tale, egli, agendo nel nome del mandante, di regola, non ha altro scopo che quello di collegare la sfera giuridica del principale con la sfera giuridica del terzo, cioè di attuare un collegamento diretto (tra mandante e terzo), rispetto al quale il mandatario medesimo, anche se ne è l'artefice, resta comunque sostanzialmente estraneo. Nell'ambito di tale prospettiva l'attività del mandatario si caratterizza per l'alienità dell'interesse perseguito e per la spendita del nome del mandante. In sostanza il mandatario, compiendo l'atto (o gli atti giuridici) nell'interesse alieno e spendendo il nome del rappresentato, adempie al suo obbligo ex mandato e determina l'attuazione del fenomeno rappresentativo. Si avvera così il meccanismo predisposto dalla legge secondo cui gli effetti del negozio concluso con il terzo si producono direttamente nei confronti del mandante (art. 1388 c.c.). Sul piano degli effetti giuridici ne consegue che l'attività compiuta dal mandatario, nei limiti dei poteri conferitegli, è direttamente riferibile al mandante. Così, i diritti derivanti dal compimento di tale attività vengono acquistati dal mandante, al pari degli obblighi, che gravano su quest'ultimo sin dal momento in cui sono sorti.

In sostanza grazie agli effetti diretti della rappresentanza (art. 1388 c.c.), il mandante diventa immediatamente titolare delle posizioni giuridiche verso i terzi acquisite attraverso l'esecuzione del mandato, quindi non sarà necessario, sul piano giuridico formale, il compimento da parte del mandatario di negozi di trasferimento al mandante dei risultati dell'attività gestoria. Il mandante avrà diritto solo all'eventuale consegna della cosa acquistata in suo nome, alla consegna dei documenti e di quanto altro possa consolidare l'acquisizione di diritti derivanti dall'esecuzione del mandato.

Nonostante l'affidamento gestorio al mandatario tramite lo strumento del mandato con rappresentanza, il mandante conserva la legittimazione a curare direttamente l'affare. In merito: *"Il mandato a vendere, pur se accompagnato dal conferimento del potere rappresentativo, non determina il trasferimento, in capo al mandatario, della proprietà del bene da alienare, ma ha contenuto meramente obbligatorio, impegnando il mandatario alla successiva stipulazione del contratto traslativo per conto (ed eventualmente anche in nome) del mandante. Ne consegue che il mancato espletamento dell'incarico prima della morte del mandante stesso è di per sé sufficiente a determinare tanto l'inclusione della res*

nell'attivo devoluto agli eredi, quanto la sua compatibilità ai fini del tributo successorio, senza che spieghi influenza, in contrario, la circostanza che l'esecuzione del mandato sia stata differita post morte dal de cuius". (Cass. 23 aprile 2001, nr. 5981, GI, 2002, 203).

Dalla motivazione della sentenza si evince che il mandato a vendere, pure se accompagnato dal conferimento di potere rappresentativo, ha contenuto obbligatorio e l'uscita del bene dal patrimonio del mandante si verifica solo se e nel momento in cui il mandatario dia corso all'incarico, stipulando il contratto con il terzo acquirente.

6.2) La posizione giuridica del mandatario

Nel mandato con rappresentanza il mandatario è parte di due distinti rapporti giuridici, ovvero è parte del rapporto interno di mandato, intercorrente con il mandante, ed è parte del rapporto esterno con il terzo, posto in essere per effetto dell'attività gestoria.

Per quanto concerne il rapporto interno, occorre osservare che il conferimento del potere di rappresentanza comporta una modificazione del rapporto di gestione in capo al mandatario nel senso che sussiste una prescrizione contrattuale che impone al mandatario di non agire in nome proprio, ma del mandante. In tal modo la spendita del nome altrui diviene una modalità di agire del gestore che è obbligato a compiere l'atto impegnando direttamente la sfera giuridica del gerito.

Il mancato rispetto di questo obbligo ha notevoli conseguenze, infatti qualora l'atto gestorio sia compiuto dal mandatario non nel nome del mandante, ma in nome proprio, tale esecuzione si traduce nella violazione di una determinazione convenzionale e quindi comporterà un inadempimento del rapporto di gestione configurabile come un eccesso di mandato.

Il mandatario è dotato di poteri di natura sostanziale e processuale. Sul tema dei poteri di natura sostanziale del mandatario con rappresentanza sono state pronunciate le seguenti massime:

a) *"La denuncia dei vizi della cosa venduta effettuata al rappresentante del venditore il quale aveva stipulato il contratto di compravendita in nome e per conto dell'alienante, è valida solo nel caso in cui risulti la permanenza dei poteri rappresentativi anche nel tempo successivo alla stipulazione dell'atto di vendita, poichè nel caso di procura generale o di procura ad amministrare il patrimonio o parte del patrimonio del rappresentato è posto a carico di quest'ultimo l'onere di portare a conoscenza dei terzi le modifiche o la revoca della procura, mentre nel caso di procura speciale per un solo atto o per un solo affare, è il compimento di essi che produce la cessazione degli effetti, anche esterni, della procura".* (Cass. 12

marzo 1980, nr. 1668, MGC, 1980, 3).

b) *"La disdetta della locazione, comunicata a fini di diniego della rinnovazione tacita, alla prima scadenza, di un rapporto relativo ad un immobile adibito ad uso non abitativo deve necessariamente pervenire al conduttore nella forma della lettera raccomandata, ma non anche obbligatoriamente provenire dal locatore, che può legittimamente incaricare, all'uopo, un diverso soggetto (in qualità di mandatario) in forma anche soltanto verbale, poiché l'onere dell'avviso al conduttore per il tramite della raccomandata è sancito (attesa la natura recettizia dell'atto) unicamente al fine di garantire a quest'ultimo una tempestiva conoscenza dell'intenzione della controparte".* (Cass. 28 giugno 1997, nr. 5802, MGC, 1997, 1080);

c) *"Gli effetti dell'atto interruttivo della prescrizione compiuto stragiudizialmente da un professionista legale, investito dal creditore dei poteri per realizzare la propria pretesa, eventualmente anche in via giudiziale, sono riferibili al creditore stesso, nel cui interesse viene intimato il pagamento ed effettuata così la costituzione in mora, poiché questa, in quanto atto giuridico in senso stretto, non soggiace alla disciplina dell'art. 1324 c.c. per i negozi giuridici ed è perciò valida ed efficace, anche se compiuta da persona non ancora munita di procura scritta, purché essa abbia operato come mandatario del creditore, che le abbia abilitata ad agire, ovvero sulla base di più ampio rapporto comprensivo di analogo potere".* (Cass. 4 febbraio 1993, nr. 1359, MGC, 1993, 216).

d) *"Il riconoscimento del diritto - che, ai sensi dell'art. 2944 c.c., interrompe la prescrizione - non deve provenire necessariamente dal soggetto contro il quale il diritto stesso viene fatto valere, ma, costituendo un atto giuridico che non eccede l'ordinaria amministrazione, ben può essere posto in essere dal mandatario fornito di procura generale, indipendentemente dalla mancanza di un'espressa indicazione".* (Cass. 7 maggio 1980, nr. 3004, MGC, 1980, 5).

In merito ai poteri di natura processuale è stato rilevato che: *"Il mandatario con procura, abilitato ad agire in nome e per conto del mandante a tutela dei suoi interessi patrimoniali, è legittimato ad esperire azione di rivendicazione, anche quando la procura non includa il compimento di atti di straordinaria amministrazione, dato che tale azione, come in genere quelle di tipo restitutorio, non esula dall'ordinaria amministrazione, essendo rivolta al mantenimento della situazione patrimoniale del mandante".* (Cass. 5 ottobre 1983, nr. 5799, MGC, 1983, 9).

Significativa è anche la seguente massima: *"La responsabilità per risarcimento del danno verso il terzo contraente, di colui che contratta come rappresentante pur essendo privo di poteri a causa dell'inesistenza o dell'invalidità della procura, ha natura*

extracontrattuale, in quanto fondata su un comportamento contrario ai doveri di correttezza e buona fede (nell'ipotesi di consapevolezza della carenza di poteri e mancata comunicazione di tale situazione al terzo contraente) ovvero negligente (nell'ipotesi in cui l'invalidità della procura sarebbe stata conoscibile con l'uso della normale diligenza)". (Cass. 7 dicembre 1988, nr. 6669, MGC, 1988, 12).

Nella motivazione si rileva quanto segue: "È noto che il collegamento tra il mandato (contratto in forza del quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra) ed il negozio giuridico che il mandatario compie in nome del mandante è attuato mediante la procura, negozio unilaterale recettizio avente come destinatario il terzo, con il quale il mandante dichiara di conferire al mandatario il potere di concludere a suo nome l'atto (o gli atti in caso di procura generale) previsto dal mandato. I rapporti tra il terzo contraente ed il soggetto nel cui nome viene concluso il contratto sono perciò disciplinati dalle norme sulla rappresentanza (art. 1387 e segg.) e non già da quelle sul mandato (cui il primo è estraneo). Conseguenza che se la procura è valida ed efficace, il contratto concluso dal rappresentante produce direttamente effetto, ai sensi dell'art. 1388, nei confronti del rappresentato. Qualora, invece, colui che contrae come rappresentante sia privo di poteri a causa della inesistenza o invalidità della procura, il contratto non produce alcun effetto (salvo ratifica dell'interessato) nei confronti sia del soggetto nominato che del terzo contraente. Questi può agire per risarcimento del danno nei limiti dell'interesse negativo nei confronti del rappresentante privo di poteri (falsus procurator), la cui responsabilità ha natura extracontrattuale, in quanto fondata (come emerge dall'implicito collegamento tra l'art. 1398 e l'art. 1338) su un comportamento contrario ai doveri di correttezza e buona fede (nell'ipotesi di consapevolezza della carenza di poteri e mancata comunicazione di tale situazione al terzo contraente stesso), e negligente (ipotesi in cui l'invalidità della procura sarebbe stata conoscibile con l'uso della normale diligenza)". (Cass. 7 dicembre 1988, nr. 6669, MGC, 1988, 12).

6.3) La posizione giuridica del terzo contraente

Nel mandato con rappresentanza la posizione del terzo acquista contenuto giuridico proprio avente autonoma rilevanza per effetto del fenomeno della spendita del nome, infatti in tal modo il mandatario rappresentante, assume un comportamento che indica chiaramente che gli effetti dell'attività gestoria non si ripercuotono nella propria sfera giuridica, ma in quella del mandante rappresentato.

Il terzo contraente nel trattare con chi si proponga come

rappresentante di un interesse alieno deve assicurarsi della sussistenza e della estensione dei poteri procuratori vantati dal suddetto rappresentante.

Dall'angolo visuale del terzo contraente, la richiesta di esibizione di documenti e di chiarimenti ex artt. 1393 e 1396 c.c. è giustificata dalla circostanza che quest'ultimo vanta un interesse non solo a conoscere gli sviluppi della relazione tra rappresentante e rappresentato ma ne è addirittura onerato, infatti egli deve avere riguardo anche alla posizione del presunto mandante ed al contegno da quest'ultimo tenuto nel corso del sottostante rapporto, poiché da tale rapporto possono trarsi elementi idonei ad essere valutati nell'ottica di cui all'art. 1398 c.c.

La legge, infatti, esige che il terzo abbia senza sua colpa fatto affidamento sulla validità del contratto ed è proprio in questo contesto che emerge l'esigenza della protezione dell'affidamento del terzo contraente determinata da una situazione di apparenza. A tal proposito la Corte di Cassazione ha stigmatizzato la condotta del terzo, caduto in errore nel ritenere la sussistenza dei poteri rappresentativi, senza però avere a tempo debito indagato sulla situazione e quindi sulla corrispondenza tra ciò che sembrava e ciò che era. (Cass. 17 marzo 1975, nr. 1020).

In ogni caso, anche condividendo l'assoluta autonomia che sussiste tra rappresentanza e rapporto di mandato, non si può pretendere di concepire il rapporto gestorio come una realtà fattuale inaccessibile al terzo contraente. A tale orientamento si contrappone l'indirizzo sostenuto da coloro che reputano che mandato e rappresentanza vadano unitariamente trattati come unica espressione del più ampio fenomeno della cooperazione e della cura dell'interesse altrui, in modo da individuare un'assoluta identità funzionale tra mandato con o senza rappresentanza. Nell'ambito di questa corrente si è sottolineato che il fenomeno rappresentativo non si esaurisce nel suo proiettarsi all'esterno, ma esso è legato al rapporto gestorio al fine della tutela del terzo attraverso la figura dell'apparenza del diritto che, ricondotta nella più generale figura dell'affidamento incolpevole, può essere invocata a propria difesa dal terzo contraente anche con riguardo alla rappresentanza.

A tal proposito: *"Il principio dell'apparenza del diritto, riconducibile a quello più generale della tutela dell'affidamento incolpevole, può essere invocato in tema di mandato nei confronti dell'apparente mandante dal terzo che abbia in buona fede contrattato con persona sprovista di procura, allorché l'apparente rappresentato abbia tenuto un comportamento colposo, tale da ingenerare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente"*. (Cass. 19 settembre 1995, nr. 9902, RCP, 1997, 169).

L'apparenza del diritto è uno strumento che pone il terzo contraente al riparo da addebiti di responsabilità omissiva sugli accertamenti da condurre in ordine allo stato delle cose, qualora, anche indipendentemente dalla richiesta di giustificazione formulata a norma dell'art. 1393 c.c., non solo sussiste la sua buona fede nell'aver negoziato con il falsus procurator, ma lo stesso si sia trovato in presenza di un comportamento colposo, non meramente omissivo, del rappresentato, tale da poter ingenerare in lui la ragionevole convinzione che il potere rappresentativo fosse stato effettivamente e validamente conferito al detto procuratore e che quindi l'errore cagionato da tale situazione non sia inescusabile.

Il terzo è esposto al rischio che il presunto rappresentante non sia dotato dei poteri per contrarre (difetto di potere) o abbia ecceduto nell'esercizio dei poteri ad esso conferiti (eccesso di potere), pertanto in favore del terzo è previsto il rimedio risarcitorio in base all'art. 1398 c.c., di natura aquiliana sottoposto al termine di prescrizione quinquennale. In merito: *"La responsabilità del falsus procurator che abbia taciuto al terzo contraente la carenza di idonei poteri rappresentativi ha carattere extracontrattuale per violazione dei doveri di correttezza e di buona fede, di guisa che la relativa azione risarcitoria è soggetta alla prescrizione quinquennale"*. (Cass. 5 luglio 1990, nr. 7060, MGC, 1990, 7).

La giurisprudenza è compatta nel ritenere che la responsabilità del falsus procurator nei confronti del terzo contraente che senza colpa abbia confidato sull'esistenza della procura, sia di natura extracontrattuale, per colpa in contraendo. Nello specifico il fondamento di questa responsabilità non viene ravvisato nel negozio inefficace ma nel comportamento contrario ai più generali doveri di correttezza, buona fede e diligenza. In proposito: *"La responsabilità per risarcimento del danno verso il terzo contraente, di colui che contrae come rappresentante pur essendo privo di poteri a causa dell'inesistenza o dell'invalidità della procura, ha natura extracontrattuale, in quanto fondata su un comportamento contrario ai doveri di correttezza e buona fede (nell'ipotesi di consapevolezza della carenza di poteri e mancata comunicazione di tale situazione al terzo contraente) ovvero negligente (nell'ipotesi in cui l'invalidità della procura sarebbe stata conoscibile con l'uso della normale diligenza)"*. (Cass. 7 dicembre 1988, nr. 6669, MGC, 1988, 12).

6.4) La rappresentanza apparente nella tutela delle ragioni del terzo

L'eccesso ed il difetto di potere in capo al rappresentante producono l'identico fenomeno dell'inopponibilità al rappresentato del negozio

concluso. In sostanza si tratta di uno stato di inopponibilità che può conseguire sia da una falsa attestazione della qualità di procuratore sia dal superamento dei poteri conferiti, che però non opera nel caso in cui lo stesso rappresentato con la propria condotta abbia contribuito a generare l'apparente legittimazione del preposto ed il terzo vi abbia quindi fatto affidamento senza colpa. In tal caso il contratto concluso produce immediatamente i suoi effetti nei confronti del rappresentato, infatti: *"Il principio dell'apparenza, atto a produrre gli effetti del contratto concluso dal "falsus procurator, direttamente nella sfera del "dominus", può essere invocato solo in presenza di elementi obiettivi idonei a giustificare l'opinione del terzo sull'esistenza di una procura"*. (Cass. 11 ottobre 1991, nr. 10709, FI, 1992, I, 1833).

La giurisprudenza ha dimostrato una certa comprensione nei confronti del terzo che si sia fidato di quello che emergeva senza indagare sulla realtà effettiva, tutelandone la posizione, a volte, anche nell'ipotesi di compravendita di immobili o beni mobili registrati o di negozi comunque richiedenti la forma scritta ad substantiam. In tal senso: *"Il terzo contraente ha la facoltà e non l'obbligo di controllare se chi si qualifica rappresentante abbia i relativi poteri, cosicché non è sufficiente per l'affermazione di un affidamento colpevole del terzo, cui consegue l'esclusione dei principi in tema di rappresentanza apparente, la condotta omissiva del terzo il quale ometta di richiedere al falsus procurator la giustificazione del potere rappresentativo allorché per lo stesso sia necessaria la forma scritta "ad substantiam" ai sensi dell'art. 1392 c.c."*. (Cass. 9 luglio 2001, nr. 9289, GC, 2002, I, 1355). A supportare la posizione del terzo devono, comunque, ricorrere circostanze giustificative, come la sembianza dei vantati poteri di rappresentanza sulla scorta di elementi obiettivi tali da escludere ogni negligenza de terzo, nonché il comportamento colposo del presunto rappresentato che determina anche in maniera non preordinata l'insorgere dell'apparenza. In tal senso: *"L'istituto della rappresentanza apparente - non espressamente codificato e da iscrivere, quindi nelle ipotesi di cosiddetta apparenza colposa (o atipica), rinvenibile allo stato latente del sistema, quale espressione del principio di autoresponsabilità - può essere utilmente invocato dal terzo che abbia ragionevolmente confidato nella situazione apparente solo se il suo errore (scusabile) sia imputabile (anche o solo) all'apparente rappresentato, per avere quest'ultimo posto in essere (pur se non preordinatamente) un comportamento oggettivamente idoneo ad ingenerare nella collettività il convincimento incolpevole, che egli abbia effettivamente conferito all'agente il potere di rappresentarlo"*. (Cass. 8 marzo 1990, nr. 1841, MGC, 1990, 3).

La rappresentanza apparente viene pertanto proposta come una figura giuridica non espressamente codificata, da iscrivere, quindi nelle

ipotesi di c.d. apparenza colposa, qualificabile come espressione del principio di autoresponsabilità. La Cassazione precisa che si tratta di una soluzione non percorribile se per il terzo fosse stato possibile evitare l'errore attenendosi ai dettami della legge o a quelli dell'ordinaria prudenza, infatti in tal caso l'errore non è scusabile.

Tale soluzione non è percorribile neanche con riferimento ai contratti formali, per i quali è richiesta la forma scritta ad substantiam, infatti con riferimento ad essi esiste un onere legale di documentazione della procura. In questi casi non può non concludersi per una colpa inescusabile del terzo e ciò si inserisce in un contesto valutativo che prescinde dal tema della facoltà che ha questi di chiedere all'asserito rappresentante di rendere conto dei propri poteri ai sensi dell'art. 1393 c.c. In merito la Suprema Corte ha statuito che : *"Nei contratti formali, per i quali è richiesta la forma scritta ad substantiam, il principio dell'apparenza del diritto non può trovare applicazione rispetto alla rappresentanza, atteso che per i suddetti contratti sussiste un onere legale di documentazione della procura, dalla cui mancanza si deve dedurre l'esistenza di una colpa inescusabile dell'altro contraente"*. (Cass. 12 febbraio 2010, nr. 3364, MGC, 2010, 2, 196).

La soluzione della colpa scusabile è invece percorribile per i negozi per i quali la forma scritta è richiesta solo a fini probatori, infatti in questo caso non sussiste un onere legale di documentazione della procura, dalla cui mancanza possa discendere una colpa inescusabile del terzo.

Inoltre, *"Il principio dell'apparenza del diritto può trovare applicazione con riguardo alla rappresentanza allorché si rilevi l'apparente esistenza in un soggetto del potere di rappresentare altro soggetto, tale apparenza sia fondata su elementi obiettivi idonei a giustificare l'erroneo e incolpevole convincimento in chi l'invoca che la situazione apparente rispecchi la realtà giuridica, l'apparenza sia determinata da un comportamento colposo dell'apparente rappresentato; tale regola opera anche nel caso in cui l'affidamento riguardi negozi per i quali è richiesta la forma scritta "ad probationem" (nella specie un contratto di assicurazione), in quanto, a differenza che per i contratti per i quali la forma scritta è richiesta "ad substantiam", non sussiste un onere legale di documentazione della procura dalla cui mancanza potrebbe discendere una colpa inescusabile dell'altro contraente"*. (Cass. 22 aprile 1999, nr. 3988, MGC, 1999, 905).

A titolo esemplificativo il terzo che abbia omesso di accertarsi di un quadro societario facilmente controllabile attraverso le visure camerali e che così operando si sia fidato della mera apparenza che risultava dai rapporti emergenti tra presunto rappresentato e asserito rappresentante può incorrere nella non scusabilità ex art. 1398 c.c..

Ne consegue che l'applicabilità del principio dell'apparenza del diritto è da escludere quando l'ordinamento prevede, conferendogli valore costitutivo, probatorio o anche di semplice notizia, un particolare sistema di pubblicità diretto a rendere nota ai terzi una particolare situazione giuridica.

CAPITOLO III

IL MANDATO SENZA RAPPRESENTANZA

1) La fattispecie normativa e gli effetti

Il mandato senza rappresentanza è caratterizzato da un elemento negativo che lo contraddistingue dal mandato con rappresentanza e che consiste nel fatto che il mandante non ha conferito al mandatario il potere di agire in suo nome, pertanto si configura un difetto di legittimazione a spendere il nome del mandante.

In merito la Cassazione rileva che: *"In tema di mandato con rappresentanza, la "contemplatio domini" - che assolve alla duplice funzione di esteriorizzare il rapporto di gestione rappresentativa esistente tra il rappresentante ed il rappresentato, e di rendere conseguentemente possibile l'imputazione al secondo degli effetti del contratto concluso in suo nome dal primo - deve risultare da una dichiarazione espressa ed univoca, anche se non esige l'impiego di formule solenni o l'osservanza di un preciso rituale, e può essere manifestata attraverso un comportamento del rappresentante che, per univocità e concludenza, sia idoneo a portare a conoscenza dell'altro contraente che egli agisce per un soggetto diverso, nella cui sfera giuridica gli effetti del contratto concluso sono destinati a prodursi direttamente. Pertanto, se il mandatario, nel concludere il contratto per conto del mandante, non dichiara di agire in nome di costui, si esula dalla fattispecie del mandato con rappresentanza, per effetto del quale il mandante è direttamente obbligato nei confronti dell'altro contraente, come se l'affare gestito fosse suo proprio, e nessun rapporto si costituisce tra il mandante ed il terzo, anche se il contratto involga interessi esclusivamente propri del mandante, e l'altro contraente non ignori l'esistenza di quest'ultimo. L'accertare poi, in concreto, se vi sia stata o meno la "contemplatio domini", involgendo la necessità di indagini su elementi di fatto, è compito istituzionalmente devoluto al giudice di merito, il cui apprezzamento è incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici o errori di diritto". (Cass. 17 settembre 2005, nr. 18441, MGC, 2005, 9).*

Altra occasione, in cui sono stati evidenziati questi aspetti, è fornita dal contratto di commissione, che lo stesso legislatore qualifica come mandato senza rappresentanza proprio per la mancanza della spendita del nome del mandante, ovvero: *"Il contratto di commissione, essendo un sottotipo qualificato di mandato senza rappresentanza, si distingue dal mandato con rappresentanza per l'assenza della*

contemplatio domini (cioè della spendita del nome del mandante), cosicché mentre il negozio concluso dal mandatario con rappresentanza produce i suoi effetti direttamente in capo al mandante, quello posto in essere dal commissionario produce i suoi effetti giuridici nel patrimonio dello stesso commissionario, occorrendo un ulteriore atto giuridico per riversarli nel patrimonio del committente". (Cass. 5 maggio 2004, nr. 8512, GC, 2005, 2, I, 441).

Rimane ovviamente ferma la correlazione della fattispecie dell'art. 1705 c.c. con la nozione di mandato di cui all'art. 1703 c.c., in quanto il mandatario senza rappresentanza agisce in nome proprio, ma pur sempre per conto del mandante.

Ai fini dell'individuazione delle posizioni soggettive rivestite dai soggetti che interagiscono nell'ambito del contratto di mandato senza rappresentanza è opportuno preliminarmente delineare le posizioni in esso attive, ovvero distinguere il soggetto psicologico rappresentato da colui che con la sua manifestazione di volontà permette la formazione e la conclusione del contratto; il soggetto giuridico ovvero il soggetto che è parte del rapporto contrattuale e destinatario degli effetti ed infine il soggetto economico ovvero colui che è destinatario dei risultati pratici dell'operazione economica-contratto e a cui spetta la paternità dell'affare acquisendone i risultati vantaggiosi e sopportandone le conseguenze svantaggiose.

Nel contratto concluso con il terzo in esecuzione dell'incarico ricevuto, il mandatario senza rappresentanza, poiché agisce in nome proprio, è il soggetto psicologico della fattispecie contrattuale ed è anche il soggetto giuridico perché parte del rapporto contrattuale e quindi è il destinatario degli effetti contrattuali in virtù dell'art. 1372 c.c., invece, poiché agisce per conto del mandante, non riveste il ruolo di soggetto economico, con la conseguenza che i risultati pratici, vantaggiosi o svantaggiosi dell'attività gestoria, compiuta in esecuzione del mandato, ricadono nella sfera giuridica del mandante stesso.

Proprio perché la *contemplatio domini*, in qualunque modo effettuata, costituisce l'elemento di discriminazione fra la figura del mandato con rappresentanza e quella del mandato senza rappresentanza, la spendita del nome diventa oggetto della prova della parte che intende dimostrare il rapporto di rappresentanza.

Nel caso in cui il mandatario abbia eccepito, nella controversia che lo oppone al terzo, il difetto di legittimazione passiva, sostenendo che la sua attività gestoria sia stata compiuta in nome del mandante, incombe su di lui l'onere della prova degli elementi costitutivi del mandato con rappresentanza. In mancanza, deve prevalere la conclusione che nella specie l'atto gestorio sia stato compiuto in nome proprio in esecuzione di un mandato senza rappresentanza, con la

conseguente applicazione dell'art. 1705, I comma, c.c.

In tal senso si è espressa la Corte di Cassazione secondo cui: "*Spetta al mandatario, convenuto in giudizio dal terzo per l'adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto con lui concluso, l'onere di provare di aver reso noto alla controparte che egli agiva, non solo nell'interesse, ma anche in nome di un soggetto diverso, con la conseguenza che in mancanza di tale prova egli assume gli obblighi derivanti dal contratto ai sensi dell'art. 1705 c.c.*". (Cass. 6 dicembre 1988, nr. 6631, MGC, 1988, 12).

Nella motivazione il pensiero della Corte è più articolato: "*È vero che la "contemplatio domini" può essere anche implicita o manifestata per fatti concludenti, ma questa Corte ha precisato che tale principio, basato sulla tutela dell'affidamento incolpevole, può essere invocato dal terzo che ha contrattato con una persona ritenendola rappresentante del soggetto legittimato al negozio e non può di certo valere nel caso opposto, quando, cioè, colui che ha contrattato senza spendere in modo univoco il nome del rappresentato cerca di sottrarsi alla responsabilità personale derivante dal suo ambiguo comportamento*".

Al riguardo il discorso può essere completato osservando che: "*Qualora sorga una controversia in ordine al contratto concluso dal mandatario, la prova del mandato senza rappresentanza può essere fornita con testimoni, in quanto il mandato non costituisce patto aggiunto o contrario al negozio posto in essere dal mandatario in nome proprio e per conto dei mandanti, poiché con esso non si deduce alcuna modifica sostanziale dell'atto scritto*". (Cass. 7 febbraio 1979, nr. 835, MGC, 1979, 2).

Osservando l'impianto normativo dedicato al mandato senza rappresentanza (art. 1705 – 1707 c.c.) emerge una contraddittorietà tra le diverse scelte legislative nello stabilire i poteri del mandatario ed i poteri del mandante. E' stato rilevato che le norme in tema di mandato senza rappresentanza vanno interpretate nel senso che esse disegnano un complesso sistema che si basa su un evidente rapporto di regola - eccezione, infatti la regola generale è quella di cui all'art. 1705 c.c., in base al quale il mandatario acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, i quali non hanno alcun rapporto con il mandante. Eccezioni al sistema delineato risulteranno, invece, tutte quelle disposizioni che, in deroga a tale generale meccanismo, prevedano, soprattutto sul piano processuale, una immediata reclamabilità del diritto (di credito o reale) da parte del mandante.

Sul tema si è pronunciata anche la dottrina che non ha ommesso di rilevare come: "*La lettura degli artt. 1705-1707 c.c., che contengono le disposizioni più importanti in proposito, non di rado ha generato l'impressione di una certa contraddittorietà tra le diverse scelte*

legislative. Da un canto, infatti, il mandatario che agisce in nome proprio: "acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato" (art. 1705, I comma, c.c.). Sembra in linea con questa norma l'enunciato secondo cui: "I terzi non hanno alcun rapporto con il mandante" (art. 1705, II comma, c.c.), e la previsione di un obbligo di trasferimento dal mandatario al mandante dei beni mobili iscritti in pubblici registri e degli immobili acquistati per suo conto (art. 1706, II comma, c.c.), nonché la possibilità per i creditori del mandatario, di soddisfarsi su tali beni prima del loro trasferimento al mandante, o della trascrizione della domanda volta ad ottenere tale trasferimento (art. 1707 c.c.). Il potere di sostituirsi al mandatario nell'esercizio dei crediti derivanti dall'esecuzione del mandato (art. 1705, comma 2, c.c.) di rivendicare le cose mobili acquistate per suo conto (art. 1706, comma 1, c.c.) sono invece sembrati espressione di un diverso orientamento legislativo, consacrato anche nella norma che impedisce ai creditori personali del mandatario di soddisfarsi sulle cose mobili e sui diritti di credito acquistati per conto del mandante, in presenza di un mandato avente data certa anteriore al pignoramento di tali beni (art. 1707 c.c.)". (Graziadei 1994, 162).

2) Confronto tra mandato senza rappresentanza, interposizione di persona e negozio fiduciario

Nel mandato senza rappresentanza, mancando la contemplatio domini, il mandatario acquista diritti ed assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti, pertanto consegue un risultato diverso da quello perseguito, infatti acquista diritti ed assume obblighi che in realtà non vuole acquistare ed assumere per sè. Quindi, tra quello che formalmente fa e quello che in verità vuole fare c'è una sostanziale differenza, per cui può ben affermarsi che l'acquisto dei diritti e l'assunzione degli obblighi sono voluti dal mandatario, ma in via provvisoria, cioè non per essere definitivamente attratti nella sua sfera giuridica, ma come passaggio obbligatorio per il conseguimento di un risultato finale, che è appunto l'acquisto in capo al mandante.

In tal modo il momentaneo acquisto dei diritti e degli obblighi da parte del mandatario non è fine a se stesso, ma è strumentale al raggiungimento di un assetto diverso, pertanto, è stato ricondotto sul piano dogmatico nell'ambito di vari fenomeni giuridici, ovvero interposizione di persona, simulazione soggettiva, negozio fiduciario. Partendo dalla circostanza che il mandatario senza rappresentanza agisce in nome proprio, ma per conto del mandante (che rimane segreto in occasione dell'atto gestorio), la dottrina inquadra questa figura contrattuale nell'interposizione di persona (Carnevale 2005,

5204 – 5209; Carpino 2007, 21; Luminoso 2007, 14 – 18; Pugliatti 1965, 539).

Nel fenomeno giuridico dell'interposizione di persona si distinguono diverse articolazioni indicate come interposizione reale ed interposizione fittizia.

Nell'interposizione reale, il soggetto che intende rimanere occulto, non partecipa agli accordi tra il soggetto interposto ed il terzo. Il contratto fra questi ultimi non è simulato, ma realmente voluto tra le parti che divengono destinatari dei relativi effetti contrattuali.

L'interposizione fittizia, invece, consiste in un'ipotesi di simulazione soggettiva e quindi in una falsa rappresentazione dei soggetti dell'atto. E' stato evidenziato che: *"Nell'interposizione fittizia, l'interposto, non acquista alcun diritto o obbligo, fermo restando che può sempre sfruttare nei confronti dei terzi, la situazione di titolarità "apparente". Vi è quindi un atto vero, ma si realizza una simulazione dei contraenti; chi figura è un contraente fittizio, mentre il contraente effettivo è occulto; un soggetto, l'interposto, appare titolare, ma non lo è, l'interponente è il titolare, ma non appare"*. (Carpino 2007, 21).

In giurisprudenza questo fenomeno è così configurato: *"Si versa in tema di simulazione soggettiva per interposizione fittizia allorché sia dedotta l'esistenza di un accordo simulatorio fra l'interponente, l'interposto e l'altro contraente, non quando sia allegata una semplice intesa fra i primi due, senza la partecipazione della controparte del negozio, per fare apparire come contraente l'interposto. In tal caso, infatti non avendo l'altra parte del contratto partecipato all'intesa fra interponente ed interposto, quest'ultimo stipula con il terzo come contraente effettivo ed acquista perciò i diritti nascenti dal negozio, sebbene, in forza dell'intesa predetta, sia tenuto a riversarli all'interponente"*. (Cass. 19 settembre 1979, nr. 4807, MGC, 1979, 9).

Venendo al mandato senza rappresentanza, la giurisprudenza, invece, talvolta non sembra distinguere fra interposizione reale ed interposizione fittizia: *"Una interposizione, sia essa reale o fittizia, ben si può realizzare con una società controllata, che, quindi, fittiziamente o in virtù, di un mandato senza rappresentanza, può essere intestataria di titoli appartenenti al soggetto che detiene il controllo"*. (Cass. 12 dicembre 2003, nr. 19041, DPSoc, 2004,11, 74). Si tratta di un indirizzo isolato che sembra condizionato dalla particolarità della controversia portata a conoscenza della Suprema Corte.

La consapevolezza che il mandato senza rappresentanza configuri un'ipotesi di interposizione reale è presente in letteratura, dove si riscontrano i seguenti contributi:

a) *"Nel mandato senza rappresentanza si realizza, per definizione, una ipotesi di interposizione reale, infatti, il mandatario,*

concludendo il contratto in nome proprio, risente nella sua sfera giuridica gli effetti prodotti dal contratto medesimo". (Carpino 2007, 21);

b) *"Rispetto all'interposizione fittizia, il mandato senza rappresentanza si caratterizza, per la circostanza che l'effettiva instaurazione del rapporto tra mandatario e terzo è realmente voluta non solo dalle parti del negozio, ma anche dallo stesso mandante che ha preordinato il programma prevedendo appunto il reale ed effettivo acquisto del mandatario dei diritti (e l'assunzione di tutti gli obblighi) scaturenti dal negozio gestorio".* (Santagata 1985, 2000).

Aderendo a questo indirizzo dottrinale la giurisprudenza conferma la contiguità fra mandato senza rappresentanza ed interposizione reale, come si ravvisa nella seguente massima: *"Mandato senza rappresentanza e patto di fiducia (se privi di profili di simulazione) si collocano, l'uno accanto all'altro, all'interno della categoria dell'interposizione reale e non già fittizia, quest'ultima presupponendo la sussistenza di una simulazione. Il negozio fiduciario si realizza sia mediante il collegamento di due negozi (l'uno di carattere esterno, comportante il trasferimento d'un diritto o il sorgere d'una situazione giuridica in capo al fiduciario, l'altro, di carattere interno, comportante l'obbligo del fiduciario di ritrasferire la cosa o il diritto al fiduciante o ad un terzo), sia nell'ipotesi in cui, preesistendo una situazione giuridica attiva facente capo ad un soggetto (il fiduciario), questi, in forza di apposita pattuizione, s'impegni a modificarla a richiesta e nel senso voluto dall'altro contraente (il fiduciante)".* (Cass. 29 maggio 1993, nr. 6024, Gco, 1994, II, 5).

Si osserva che l'accostamento del mandato senza rappresentanza ed interposizione reale viene completata con l'istituto del rapporto fiduciario.

Con riferimento all'inquadramento del fenomeno del mandato senza rappresentanza nello schema del negozio fiduciario è stato precisato che il negozio fiduciario integra una fattispecie unitaria caratterizzata dalla causa fiduciae che lo rende un negozio causale unico ed inscindibile. Il negozio è quindi unico ed esplica i suoi effetti, da un lato, direttamente nei confronti dei terzi per quanto concerne l'acquisto da parte del fiduciario di un diritto e, dall'altro lato, ha un'efficacia esclusivamente interna tra fiduciante e fiduciario che nasce dall'accordo, ovvero dal pactum fiduciae tra i due soggetti a che il fiduciario si impegni ad usare il diritto acquisito solo per uno scopo determinato, raggiunto il quale cessa la titolarità del fiduciario sul diritto acquisito.

Il rapporto fra mandato e negozio fiduciario è stato affrontato in giurisprudenza: *"Il mandatario senza rappresentanza che, avendo acquistato il bene in nome proprio ma per conto anche del mandante,*

ne trasferisce a quest'ultimo una quota della proprietà, agisce nella esecuzione del rapporto di mandato e non per effetto di un accessorio negoziale fiduciario". (Cass. 24 dicembre 1994, nr. 11158, MGC, 1994, 12).

Nella motivazione rileva in particolar modo la seguente argomentazione: *"Del tutto ultronea si appalesa così ogni costruzione basata sulla individuazione nel mandato in questione di un "pactum fiduciae" (esclusa, tra l'altro, da parte della giurisprudenza di legittimità - tra le altre Cass. Sez. 1 n. 211 del 9 febbraio 1965; sez. 2 n. 5113 del 3 maggio 1993 - che ha negato la strutturabilità del negozio fiduciario attraverso un interno rapporto di mandato senza rappresentanza), ben potendosi sostenere che se è vero che l'interesse del mandante è affidato al mandatario e che il primo deve contare sulla lealtà del secondo, in siffatta situazione la "fiducia" viene assunta nel suo aspetto generico, comune allo stesso mandato e non come elemento specifico e causale del negozio. Mentre, d'altro canto, l'obbligo giuridico di ritrasferire l'immobile al mandante contenuto nella promessa di trasferimento, correttamente riconosciuto e sanzionato dai giudici del merito, costituisce esecuzione specifica del rituale rapporto di mandato e non esecuzione spontanea di un "pactum fiduciae" intervenuto tra le parti (nel mandato senza rappresentanza all'acquisto dei beni il mandatario, intervenendo nel negozio traslativo in nome proprio ma nell'interesse del mandante, diviene proprietario della cosa acquistata, ma è obbligato, ex mandato, a trasferirne il dominio al mandante)".*

3) La posizione giuridica del mandatario senza rappresentanza

Nel contratto di mandato senza rappresentanza, a seguito dell'espletamento dell'attività gestoria da parte del mandatario, il rapporto contrattuale da essa conseguente viene instaurato solamente fra il mandatario ed il terzo, e non si ha alcun rapporto contrattuale diretto tra mandante e terzo.

Il mandatario, agendo "in nome proprio", è soggetto psicologico e soggetto giuridico del contratto concluso con il terzo, di conseguenza esercita poteri propri, acquista diritti ed assume obbligazioni in termini diretti, quale conseguenza dell'attività negoziale compiuta per effetto del rapporto di mandato.

La giurisprudenza ha evidenziato che: *"Nel mandato senza rappresentanza, nessun rapporto si costituisce tra mandante e terzo, ed il mandatario è direttamente obbligato nei confronti dell'altro contraente, anche se il contratto coinvolga interessi esclusivamente propri del mandante e l'altro contraente non ignori l'esistenza di quest'ultimo". (Cass. 9 luglio 2001, nr. 9289, GC, 2002, I, 1355).*

Una volta delineato che, in base al disposto dell'art. 1705, I comma, c.c., a seguito del compimento dell'atto gestorio, il rapporto contrattuale, viene instaurato solamente fra mandatario e terzo, il problema consiste nell'approfondire il contenuto della posizione del mandatario e quindi, in sostanza, nell'interpretare le espressioni della norma quando dispone che il mandatario *“acquista i diritti ed assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi”*.

E' emblematica la decisione sintetizzata nella seguente massima: *“Quando sia mancata la spendita del nome del mandante al momento della contrattazione, gli effetti del negozio - anche se l'altro contraente abbia avuto “aliunde” la conoscenza del mandato e dell'interesse del mandante nell'affare - si consolidano direttamente in capo al mandatario, realizzandosi così un caso di sostituzione reale di persona e non costituendosi alcun rapporto tra mandante e terzo. Conseguo che il mandatario senza rappresentanza può agire in giudizio in nome proprio, nei limiti di cui all'art. 1708 c.c., a tutela dei diritti di pertinenza sostanziale del mandante senza che l'esternazione del mandato, fatta successivamente al contratto acquisitivo del diritto, incida sulla posizione sostanziale e processuale del mandatario stesso, potendo soltanto l'effettuato ritrasferimento al mandante del bene acquistato per suo conto integrare una successione a titolo particolare nel relativo diritto controverso, con gli effetti di cui all'art. 111 c.p.c. (e salva la prosecuzione del giudizio fra le parti originarie nel difetto delle condizioni per l'estromissione dell'alienante)”*. (Cass. 27 novembre 1986, nr. 6998, GI, 1987, I, 1, 2054).

Nella motivazione vi è un'ampia premessa dedicata alla nozione di legittimazione all'azione e titolarità dei diritti soggettivi che discende dal rapporto giuridico sostanziale: *“La legitimatio ad causam, da intendersi, secondo la giurisprudenza pluridecennale di questa Corte, come il diritto a ottenere una decisione di merito, sia essa favorevole o sfavorevole, sorge dalla correlazione configurabile, in diritto, fra i soggetti, e il rapporto giuridico dedotto in domanda, correlazione in base alla quale si identificano le parti fra le quali può essere emessa la statuizione del giudice sulla volontà della Legge nell'ipotesi formulata o, in altri termini, si individuano i presupposti soggettivi, attivi e passivi, indispensabili perché il giudice possa decidere in ordine al fondamento delle pretese radicate sul rapporto medesimo. La correlazione di cui si tratta è di corresponsione, secondo le norme giuridiche, dei soggetti individuati in domanda, attivamente e passivamente, alle parti designate dal modello normativo del rapporto fatto valere in giudizio. La legitimatio ad causam si distingue dall'effettiva titolarità del rapporto sostanziale dedotto in causa, perché è un presupposto per ottenere dal giudice la trattazione del merito della causa, presupposto che deve essere*

riscontrato mediante la comparazione fra la semplice allegazione di un rapporto e il paradigma giuridico, nel profilo soggettivo, a cui è riconducibile il rapporto stesso. Sull'argomento, è stato ripetutamente avvertito da questa Corte che la legittimazione alla causa risulta dalla prospettazione della domanda, pervenendosi sino a riconoscerla, dal lato attivo, per il solo fatto dell'affermazione della titolarità del diritto fatto valere".

4) Irrilevanza della conoscenza del rapporto di mandato da parte del terzo contraente

In assenza di spendita del nome del mandante, il contratto di mandato deve essere qualificato giuridicamente come mandato senza rappresentanza o in nome proprio (del mandatario). Questo costituisce l'unico presupposto di fatto della fattispecie normativa dell'art. 1705 c.c., tuttavia non si può non rilevare che la stessa disposizione normativa contiene un inciso che deve essere opportunamente apprezzato e che recita: "*anche se i terzi hanno avuto conoscenza del mandato*".

L'eventuale conoscenza da parte del terzo dell'esistenza del mandato non incide su tale qualificazione giuridica, infatti. "*E' comunemente affermato che la semplice conoscenza che il terzo abbia dell'alienità dell'affare concluso dal mandatario non comporta il verificarsi degli effetti tipici della rappresentanza: questi ultimi sono ricollegati unicamente al fatto che il mandatario "spenda" formalmente il nome del mandante, e ciò per un'evidente esigenza di certezza e di chiarezza che non potrebbe derivare da illazioni o da presunti affidamenti insorti nel terzo contraente".* (Carnevali 1990, 4).

Al riguardo è stato sottolineato che: "*Il principio generale in materia è contenuto nel I comma dell'art. 1705 c.c. il quale ricollega alla sfera del mandatario (in nome proprio) l'acquisto della titolarità dei diritti e degli obblighi derivanti dal negozio gestorio e chiarisce nel contempo che la semplice conoscenza del mandato, da parte del terzo contraente, non determina il sorgere di un rapporto diretto tra questo e il mandante".* (Luminoso 2007, 70).

Anche in giurisprudenza si conferma questo indirizzo come emerge dalla seguente massima: "*La disposizione di cui al comma 2, prima parte, dell'art. 1705 c.c. che consente al mandante di sostituirsi al mandatario nell'esercizio dei crediti derivanti dall'esecuzione del mandato, introduce - per ragioni di tutela dell'interesse del mandante - un'eccezione al principio, enunciato nel comma 1, secondo cui il mandatario che agisce in nome proprio acquista i diritti ed assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato. La possibilità di sostituzione*

deve intendersi quindi limitata all'esercizio dei crediti derivanti direttamente dalle obbligazioni contratte dal terzo verso il mandatario e non si estende ad altre azioni derivanti dal contratto stipulato fra mandatario e terzo". (Cass. 25 agosto 2006, nr. 18512, MGC, 2006, 9).

5) Legittimazione attiva e passiva ad esperire azioni contrattuali

In tema di azioni esercitabili dal mandante nell'ipotesi di mandato senza rappresentanza, il sistema normativo è imperniato sul rapporto regola-eccezione, nel senso che, secondo la regola generale (art. 1705, I comma, c.c.), il mandatario acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, che non hanno alcun rapporto con il mandante, mentre costituiscono eccezioni le disposizioni, tanto sostanziali quanto processuali, che prevedono l'immediata reclamabilità del diritto (di credito o reale) da parte del mandante, con conseguente necessità di stretta interpretazione di queste ultime e dell'esclusione di qualunque integrazione di tipo analogico o estensivo, nell'ottica della tutela della posizione del terzo contraente.

L'articolazione normativa descritta ha comportato lo sviluppo di un importante dibattito finalizzato a stabilire se, nell'ambito del mandato senza rappresentanza, la legittimazione attiva e la legittimazione passiva inerenti le azioni contrattuali spettino al mandante o al mandatario.

A tal proposito, sono considerate "azioni contrattuali", le azioni di nullità, di annullamento, di risoluzione, di rescissione del rapporto contrattuale posto in essere fra mandatario e terzo, l'azione di esatto adempimento, l'azione di danno, tutte relative all'attività gestoria posta in essere in esecuzione del contratto di mandato.

In dottrina l'indirizzo dominante ritiene che la legittimazione alle azioni contrattuali spetti esclusivamente al mandatario: "*Del pari, in relazione alle cosiddette azioni contrattuali, nonostante le persistenti incertezze della giurisprudenza, la dottrina esclude che possano essere proposte dal mandante (contro il terzo) o contro il mandante (dal terzo contraente) le azioni di annullamento, di risoluzione o di rescissione del contratto gestorio e le altre azioni investenti il rapporto od il regolamento contrattuale nella sua totalità". (Alcaro 2000, 411; Luminoso 1991, 1275; Sacco 1966, 1391; Santagata 1985, 343).*

Nella medesima direzione: "*E' necessario aggiungere una precisazione quanto mai importante; la sostituzione avviene esclusivamente nella titolarità del credito. Questo implica che il mandante si potrà avvalere soltanto dei mezzi di tutela che*

l'ordinamento riconosce al creditore in quanto tale, e precisamente dei mezzi di attuazione coattiva del credito. Per contro la legittimazione alle azioni contrattuali, annullamento, rescissione, risoluzione rimangono di competenza esclusiva del mandatario, presupponendo tali rimedi la qualità di parte contrattuale. Ne segue che anche il risarcimento del danno non potrà essere richiesto dal mandante che si è efficacemente surrogato, ogni qual volta tale risarcimento è inscindibilmente collegato all'azione di risoluzione". (Carpino 2007, 47- 48).

Sul tema concernente i limiti al potere di sostituzione del mandante al mandatario in relazione alle azioni contrattuali derivanti dall'esecuzione del mandato sussistono due orientamenti giurisprudenziali contrapposti.

Secondo l'orientamento maggioritario: *"La disposizione di cui al comma 2, prima parte, dell'art. 1705 c.c. introduce - per ragioni di tutela dell'interesse del mandante - un'eccezione al fondamentale principio, enunciato nel comma 1, secondo cui il mandatario che agisce in nome proprio acquista i diritti ed assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato. Deve trattarsi di diritti che scaturiscono direttamente dal rapporto obbligatorio posto in essere dal mandatario nell'esplicazione dell'attività per conto del mandante; questi può agire contro il terzo in sostituzione del mandatario esclusivamente per esercitare tali diritti e cioè per conseguire il soddisfacimento dei crediti sorti a favore del mandatario in dipendenza delle obbligazioni assunte dal terzo con la conclusione del contratto. La natura eccezionale della norma, le finalità di tutela del mandante, l'inequivocità della espressione "diritti di credito derivanti dall'esercizio del mandato" inducono ad escludere, al di fuori dell'azione diretta al soddisfacimento di detti crediti, che il mandante possa esperire contro il terzo le azioni da contratto e, in particolare, com'è avvenuto nella specie, quelle di risoluzione per inadempimento e di risarcimento dei danni; opinando diversamente la regola generale sancita dallo stesso articolo 1705 c.c. resterebbe svuotata di contenuto". (Cass. 5 novembre 1998, nr. 1118, GI, 1999, 94).*

In sostanza l'art. 1705, II comma, c.c. concerne il subingresso nel credito e non genericamente nei rapporti giuridici e non elimina la distinzione tra la posizione del mandante e del mandatario: si vuole evitare, nell'ambito delle vicende successive alla conclusione del negozio tra mandatario e terzo, che il dominus, per conseguire gli effetti utili della gestione svolta per suo conto debba necessariamente agire tramite l'intermediazione del mandatario. E' opportuno ricordare che il rapporto di mandato senza rappresentanza comporta un'interposizione gestoria in cui gli effetti del negozio sono limitati

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

Secondo altro contrapposto orientamento, il mandante, per ragioni di tutela del proprio interesse, potrebbe, viceversa agire direttamente in giudizio per il soddisfacimento del credito, anche se derivante da un contratto stipulato dal mandatario senza rappresentanza. Le sentenze che predicano la legittimità del potere del mandante di esercitare tutte le azioni scaturenti dal contratto di mandato, ne ricostruiscono il diritto a far propri, in via diretta, di fronte ai terzi, i diritti di credito sorti in testa al mandatario non in termini di eccezione alla regola, ma come conseguenza del suo integrale subingresso nella posizione contrattuale del mandatario, quindi una vera e propria modificazione soggettiva del rapporto.

Tale minoritario orientamento giurisprudenziale viene approfondito nella motivazione della sentenza emessa dalla Corte di Cassazione il 13 gennaio 1990, nr. 92 dove si evidenzia che il problema centrale da risolvere non è quello di carattere generale se la facoltà legislativamente attribuita al mandante di esercitare, in sostituzione del mandatario, i diritti di credito derivanti dalla esecuzione del mandato comporti anche la legittimazione attiva del mandante ad agire contro il terzo contraente, e passiva a resistere alla domanda del terzo contraente in ordine alle azioni di annullamento, di risoluzione o di rescissione del contratto, infatti la sentenza ritiene decisiva la ben più limitata questione di stabilire se, una volta che il mandante abbia effettivamente esercitato nei confronti del terzo contraente i diritti di credito sorti in esito all'attività del mandatario, a quest'ultimo sostituendosi nell'esecuzione dell'affare, venga a configurarsi una modificazione soggettiva in forza della quale il terzo possa, a sua volta, rivolgersi direttamente contro il mandante in esercizio di ogni azione derivante dalla conclusione del contratto, o quanto meno per l'adempimento delle obbligazioni nascenti dal negozio gestorio in corrispondenza ai diritti che verso di lui il

mandante ha fatto valere. La pronuncia adotterà questo secondo orientamento giurisprudenziale non senza aver ricostruito alcuni snodi essenziali dell'istituto, specificando, in particolare, che il diritto di credito viene fatto valere dal mandante come titolare di esso e non già utendo *juribus* del mandatario, così che la sostituzione, una volta fruttuosamente sperimentata, conduce a conseguenze ben più incisive di quelle normalmente riconducibili ad ogni altra ipotesi (art. 1955 c.c., I comma, c.c.; art. 1676 c.c.; art. 1917, II comma, c.c.; art. 2867 c.c.) in cui è concessa azione ad un soggetto per conseguire da un terzo, cui non è legato da alcun rapporto obbligatorio, ciò che avrebbe potuto ottenere dal proprio debitore a sua volta creditore del terzo. Ecco che le finalità perseguite dall'abilitazione eccezionale concessa al mandante dall'art. 1705 c.c., devono allora essere individuate anche in correlazione con i risultati finali perseguiti attraverso il meccanismo gestorio, funzionali a consentire al mandante venditore di conseguire il prezzo e al terzo di acquistare il bene tramite il passaggio del bene e del corrispettivo attraverso il mandatario.

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

5.1) Esercizio da parte del mandante dei diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato

L'inciso introduttivo dell'art. 1705, II comma, c.c. avverte che i terzi non hanno alcun rapporto col mandante. Questa regola subisce un'eccezione quando prevede che "*il mandante sostituendosi al mandatario, può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato*", salvo che tale iniziativa possa pregiudicare i diritti del mandatario.

In merito al concetto di "diritti di credito" la Cassazione ha precisato che per "*Diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato*" e

per i quali è ammessa la facoltà di esercizio da parte del mandante deve intendersi qualsiasi categoria di diritti non a carattere reale derivanti da un rapporto obbligatorio posto in essere dal mandatario nell'interesse del mandante". (Cass. 4 giugno 1980, nr. 3626, MGC, 1980, 6).

Si tratta di un'eccezione al fondamentale principio di cui al primo comma dello stesso articolo, in forza del quale il mandatario senza rappresentanza acquista i diritti ed assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi e per effetto di siffatta eccezione il mandante, per ragioni di tutela del suo interesse, può sempre agire direttamente per il soddisfacimento del credito, anche se trattasi di credito derivante da un contratto stipulato dal mandatario senza rappresentanza.

Autorevole dottrina ha precisato che la disciplina dell'art. 1705, II comma, c.c. e quella dell'art. 1706 c.c. non contraddicono il disposto dell'art. 1705, I comma, c.c. che esclude qualsiasi rapporto tra mandante e terzo, infatti: *“La disposizione del I comma dell'art. 1705 c.c., in vero esclude l'esistenza di un rapporto contrattuale tra mandante e terzo contraente, ma non anche che il mandante possa divenire acquirente, in via automatica o anche diretta, di un singolo diritto (reale) alienato al mandatario dal terzo stesso o possa divenire titolare di un singolo credito nei confronti del terzo”*. (Luminoso 2007, 71).

E' stato osservato che le incertezze applicative della disposizione nascono dai dubbi in merito sia all'individuazione del titolare del credito nelle diverse fasi della vicenda (quella anteriore e quella successiva alla sostituzione prevista dall'art. 1705 c.c.) sia alla determinazione del fondamento della legittimazione all'esercizio del credito da parte di quello che tra i due (mandante e mandatario) risulti non esserne titolare.

In materia sono state elaborate numerose teorie:

- a) Configurazione di un'azione diretta del mandante per effetto dell'acquisto diretto del credito da parte del mandante stesso. (Pugliatti 1965, 490 ss.; Ravà 1953, 27 ss.; Ferrari 1962, 89; Giordano 1953, 221);
- b) Acquisto del credito da parte del mandatario, ma speciale surrogatoria concessa al mandante (Minervini 1957, 106; Santagata 1985, 647);
- c) potere di appropriazione da parte del mandante del credito del mandatario. (Tilocca 1969, 976; Betti 1955, 233);
- d) Ipotesi del trasferimento automatico dal mandatario al mandante. (Campagna 1974, 65; Carraro 1947, 13; Bennati 1964, 632);
- e) Trasferimento del credito dal mandatario al mandante come effetto sospeso fino alla sostituzione del mandante.

Teoria dell'azione diretta. In base a tale teoria l'azione del mandante,

avente per oggetto l'esercizio dei diritti di credito nascenti dall'attività gestoria del mandatario, è un'azione diretta e non surrogatoria. Tale orientamento ritiene che il diritto è già esistente in capo al mandante nel momento in cui egli rende nota al terzo la volontà di esercitare il credito derivante dal contratto concluso per suo conto dal mandatario. Nella specie l'acquisto del credito da parte del mandante interviene a prescindere da un atto di trasferimento in suo favore posto in essere dal mandatario.

Si tratta di un orientamento che ha avuto importante seguito anche in giurisprudenza, infatti: *“L'art. 1705, I comma, c.c. si limita a disciplinare il profilo di rilevanza esterna del mandato senza rappresentanza, nel senso di escludere che tra mandante e terzo venga ad esistenza un rapporto contrattuale, e non regola invece i rapporti inter partes. In tale ottica la seconda parte del comma secondo viene spiegata nel senso che il mandatario acquisterebbe tutti i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto concluso in nome proprio immediatamente ed in modo automatico: il mandatario acquisterebbe il credito in forza del negozio gestorio e contemporaneamente perderebbe il diritto, che verrebbe acquistato dal mandante, senza la necessità di un trasferimento tra mandante e mandatario”*. (Cass. 1 dicembre 2004, nr. 22596, Juris Data).

In giurisprudenza si ritiene che l'azione in oggetto non abbia carattere surrogatorio, infatti la facoltà del mandante di sostituirsi al mandatario per esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato, non è condizionata all'inerzia o anche soltanto alla negligenza del mandatario nella tutela dei propri diritti verso i terzi contraenti. L'esercizio di tale facoltà comporta una modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, con sostituzione, nel lato attivo, del mandante al mandatario e l'esito favorevole dell'azione viene acquisito direttamente al patrimonio del mandante, il che conferma che questi non agisca in via surrogatoria.

Alla teoria dell'azione diretta è stato obiettato che essa incontra ostacoli insuperabili derivanti dal principio della relatività degli effetti del contratto, in base al quale non può ammettersi che il contratto, all'insaputa di uno dei contraenti e comunque senza un'apposita clausola possa produrre taluno dei nuovi effetti direttamente nella sfera di un terzo. Inoltre è stato evidenziato che un acquisto recta via del credito da parte del mandante sembra contrastare con la norma del successivo art. 1707 c.c., il quale prevede che in date situazioni (ossia quando il mandato non risulti da atto di data certa anteriore al pignoramento) i creditori del mandatario possano agire esecutivamente sul credito medesimo, ma tale prerogativa è da ritenersi impraticabile se il credito stesso non viene acquisito dal mandatario e non entra quindi nel suo patrimonio.

Teoria del potere di sostituzione. Secondo un diverso orientamento

dottrinale si è ritenuto di escludere che l'efficacia traslativa del credito in favore del mandante sia immediata ed automatica rispetto all'acquisto del diritto da parte del mandatario e di individuare nella decisione del mandante di "sostituirsi" al mandatario un evento condizionante sospensivamente l'acquisto del diritto.

L'ipotesi che aderisce al testo della norma, prevede una sostituzione del mandante nella posizione giuridica del mandatario e viene proposto di configurare la titolarità del credito in capo al mandatario e, nel contempo, di ipotizzare il potere di sostituzione come "speciale surrogatoria" concessa al mandante.

Le obiezioni a questa costruzione non sono mancate, infatti è stato opposto che dal momento della avvenuta sostituzione il mandatario è privato del diritto di pretendere l'adempimento del terzo: il che contrasta con il concetto di legittimazione surrogatoria, che è legittimazione concorrente e non già esclusiva. Di qui a ritenere che la "sostituzione" operata dal mandante sia indice, in realtà, di un trasferimento del diritto di credito dal mandatario al mandante. Si è perciò ritenuto che il diritto di credito, pur entrando inizialmente nel patrimonio del mandatario, possa venire acquisito dal mandante mediante una sua iniziativa unilaterale, esercitando cioè un potere di appropriazione del credito nel quale si risolverebbe il potere di sostituzione di cui parla il comma 2 dell'art. 1705 c.c.

Teoria del potere di appropriazione. Altra corrente di pensiero ha sostenuto che il credito entra nel patrimonio del mandatario, ma viene acquistato dal mandante mediante una sua unilaterale iniziativa e quindi esercitando un potere di appropriazione del credito nel quale si risolve la facoltà di sostituzione menzionata dalla lettera dell'art. 1705, II comma, c.c.

Teoria del trasferimento automatico. Secondo questa impostazione, nel tentativo di correlare l'art. 1705, II comma, c.c. con l'art. 1707 c.c., è stato sostenuto che il mandatario acquista il diritto di credito per effetto del negozio gestorio, ma, nello stesso momento in cui lo acquista, lo perde in favore del mandante o ope legis o quale effetto naturale del mandato o in virtù di una fattispecie complessa costituita dal mandato e dall'atto gestorio, sulla base del principio del trasferimento dei diritti ai sensi dell'art. 1376 c.c.

Si è però obiettato che, se questa tesi fosse esatta, il terzo contraente a conoscenza del mandato potrebbe legittimamente rifiutare di adempiere al mandatario anche prima che il mandante dichiari di volersi sostituire al mandatario stesso, il che sembra contrario alla ratio della disposizione.

Teoria del trasferimento come effetto sospeso. Secondo un ulteriore indirizzo, il trasferimento del credito dal mandatario al mandante, pur giustificato dal principio espresso nell'art. 1376 c.c., consiste in un effetto traslativo sospeso sino alla decisione del mandante di sostituirsi

al mandatario e di esercitare direttamente la pretesa creditoria, configurandosi così una sorta di condicio juris potestativa. L'attenzione si sposta, così all'aspetto funzionale dell'istituto, identificando le ragioni ispiratrici della norma in quelle di garantire tutela all'interesse del mandante alla segretezza verso i terzi e per altro verso quella di assicurare al mandante una sostituzione da parte del mandatario anche nella fase di esecuzione del negozio gestorio: si spiegherebbe, così, la ratio della disposizione legislativa che lascia all'iniziativa del mandante la scelta se rivelarsi o meno ai terzi mediante la sostituzione, proteggendolo, inoltre, dal rischio di eventuali abusi o infedeltà del mandatario. Alla luce del carattere eventuale dell'acquisto del credito verso il terzo da parte del mandante e del valore programmatico del mandato, questa attenta dottrina esclude ogni ipotesi di effetto traslativo immediato del credito in favore del mandante, scorrendo espressamente di condicio iuris meramente potestativa inerente al mandato.

5.2) Effetti della sostituzione del mandante ex art. 1705, II comma, c.c. e azioni del terzo contraente nei suoi confronti

Occorre verificare gli effetti sul piano giuridico dell'esercizio da parte del mandante, in sostituzione del mandatario, della pretesa creditoria verso il terzo, derivante dal contratto concluso fra mandatario e terzo medesimo.

A tal fine è opportuno distinguere la posizione del terzo contraente prima e dopo che sia stata esercitata nei suoi confronti la sostituzione per volontà del mandante con apposita comunicazione.

Prima di tale sostituzione il creditore del terzo è esclusivamente il mandatario. In proposito la dottrina sostiene che: *"Rimane da chiarire meglio la posizione del mandatario e del mandante anteriormente al momento in cui quest'ultimo palesa la volontà di esercitare il credito nei confronti del terzo. Rispetto al terzo contraente il mandato non opera diversamente da una cessione del credito, che non sia stata notificata o accettata dal debitore ceduto, perciò il terzo che adempie nei confronti del mandatario prima della sostituzione di cui all'art. 1705, II comma, è liberato anche nei confronti del mandante"*. (Graziadei 1994, 163).

La dottrina è assolutamente prevalente nell'escludere che le obbligazioni a carico del mandatario si trasmettano al mandante e che il terzo possa quindi chiederne l'adempimento a quest'ultimo anche quando egli si avvalga della facoltà riconosciutagli dal comma II dell'art. 1705 c.c. E' stato, infatti, precisato, che per quanto concerne le obbligazioni assunte dal mandatario in esecuzione dell'incarico, di esse rimane unico responsabile il mandatario stesso, al quale solo può

essere richiesto l'adempimento, anche se il mandante si sia a lui sostituito nell'esigere i crediti ex mandato, discendendo tale principio dalla regola posta dal I comma dell'art. 1705 c.c.

In senso contrario si è affermato che quando il mandante si sostituisce al mandatario esercitando in via diretta i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato, come il mandatario resta escluso dal rapporto negoziale e non ha più azione nei confronti del terzo contraente, specularmente quest'ultimo non ha più azione verso il mandatario, ma deve rivolgersi direttamente al mandante per l'adempimento delle obbligazioni nascenti dal negozio e per ogni altra azione derivante dalla conclusione di esso. Ciò in quanto nel caso in cui il mandante si avvale del potere giuridico concessogli dalla norma in esame, si opera nei confronti del terzo una modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, con sostituzione di uno dei soggetti (il mandatario) con un altro (il mandante).

Con riferimento ad un contratto di vendita di azioni stipulato da un mandatario senza rappresentanza la Cassazione ha affermato che l'esercizio da parte del mandante dei diritti di credito derivanti dal rapporto, in base alla facoltà di sostituzione accordata dal comma 2 dell'art. 1705 c.c., comporta una modificazione soggettiva del rapporto stesso, che resta costituito fra detto mandante ed il terzo, con esclusione del mandatario, e, conseguentemente, implica la legittimazione passiva del mandante medesimo rispetto alla domanda con cui il terzo reclama la controprestazione o chiedi la risoluzione per inadempimento. (Cass. 13 gennaio 1990, nr. 92, GC, 1991, I, 1557).

Nella motivazione la Corte ha rilevato che la sostituzione del mandante conduce a conseguenze ben più incisive di quelle normalmente riconducibili ad ogni altra ipotesi (art. 1595, I comma; art. 1676, art. 1917 II co., art. 2867 cod. civ.) in cui è concessa azione ad un soggetto per conseguire da un terzo, cui non è legato da alcun rapporto obbligatorio, ciò che avrebbe potuto ottenere dal proprio debitore a sua volta creditore del terzo. Per effetto della sostituzione del mandante, il mandatario resta escluso dal rapporto negoziale e, come non ha più veste per richiedere al terzo l'adempimento, così non ha più veste per resistere alla richiesta avanzata dal terzo, che assolto il suo debito, reclama la controprestazione. Intervenuta la sostituzione del mandante nell'esercizio del credito, il terzo può però proporre nei suoi confronti le domande occasionate dalla disfunzione del sinallagma e, in particolare, la domanda di risoluzione per inadempimento. Opinare diversamente comporterebbe la squilibrata conseguenza di permettere al mandante di sostituirsi al mandatario sul versante creditorio e non anche su quello debitorio, così dando luogo ad una frazionata modificazione soggettiva del rapporto. Questa eventualità sarebbe inaccettabile perché imporrebbe

all'acquirente, il quale sia stato escusso dal mandante ed abbia a lui pagato senza avere poi conseguito la proprietà del bene (alienato dal mandatario), di sperimentare prima una azione ex art. 1453 c.c. nei confronti del mandatario e di promuovere quindi una azione per indebito oggettivo nei confronti del mandante, quale accipiens, per la restituzione della somma versata.

CAPITOLO IV

GLI ACQUISTI DEL MANDATARIO

1) Disciplina degli acquisti del mandatario nel mandato con e senza rappresentanza

Il tema posto dalla rubrica dell'art. 1706 c.c. è quello degli "*Acquisti del mandatario*" senza rappresentanza.

Per interpretare questa norma occorre analizzare i caratteri della vicenda acquisitiva nelle due fattispecie di mandato.

In merito si rileva che nel mandato con rappresentanza ad acquistare, gli effetti del negozio gestorio di acquisto, compiuto dal mandatario rappresentante, si producono immediatamente nella sfera giuridica del mandante rappresentato per effetto del disposto dell'art. 1388 c.c., applicabile in virtù del richiamo dell'art. 1704 c.c., alle norme del capo VI del titolo II del libro IV del codice civile.

In questo contesto contrattuale è irrilevante la diversa natura del bene o dell'entità patrimoniale acquistata per conto ed in nome del mandante, che acquistando immediatamente il diritto reale sul bene è legittimato a svolgere tutte le azioni petitorie e possessorie.

La definizione della disciplina e degli effetti si pone diversamente nel caso in cui il mandante abbia conferito al mandatario l'incarico ad acquistare, senza attribuirgli il potere di rappresentarlo nel rapporto con il terzo. La regolamentazione di questa vicenda è affidata all'art. 1706 c.c., che pertanto riguarda gli acquisti del mandatario in esecuzione di un mandato senza rappresentanza in cui il mandatario, agendo in nome proprio, ma per conto altrui, acquista a titolo personale i diritti sulle entità patrimoniali, oggetto dell'atto gestorio, ma, in virtù dell'obbligazione assunta col mandato, deve compiere i necessari atti per il loro trasferimento al mandante.

La giurisprudenza, interpretando l'articolo in oggetto, ha avuto occasione di porre in evidenza la differenza di disciplina degli acquisti effettuati dal mandatario senza rappresentanza a seconda che essi abbiano ad oggetto beni mobili oppure beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri.

Al riguardo è stato precisato che anche quando il mandato sia esercitato dal mandatario in nome proprio, l'affare rimane sempre del mandante, di conseguenza, ove si tratti di mobili, si opera l'immediato ed automatico trasferimento di essi nel patrimonio del mandante, mentre nel caso in cui l'affare riguardi beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, il mandatario è obbligato a trasferirli al mandante: obbligo questo che, nell'ipotesi di inadempimento, è suscettibile di

esecuzione in forma specifica, nascendo da un negozio giuridico che, nei rapporti interni tra mandante e mandatario, presenta affinità strutturali con il contratto preliminare. (Cass. 19 ottobre 1954, nr. 3861. Foro it. 1955, I 9).

2) Fattispecie normativa e conseguenze giuridiche dell'acquisto di beni mobili

In base all'art. 1706, I comma, c.c. il mandante *“Può rivendicare le cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario che ha agito in nome proprio, salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto del possesso in buona fede”*.

Il testo dell'art. 1706, I comma, c.c. presenta due enunciati, il primo dei quali può essere così formulato: se il mandatario, in esecuzione del mandato senza rappresentanza ha acquistato beni mobili in nome proprio, ma in conto del mandante, il mandante può rivendicarli.

La norma è in accordo con la regola consensualistica relativa il trasferimento della proprietà (art. 1376 c.c.), pertanto, l'acquisto di cose mobili, realizzato da un mandatario senza rappresentanza, per conto del mandante, trasferisce in capo a quest'ultimo la proprietà dei beni acquistati.

I presupposti della fattispecie normativa in questione sono: l'esistenza di un contratto di mandato senza rappresentanza, la qualificazione dell'atto gestorio oggetto del rapporto di mandato in termini di atto di acquisto ed infine l'inquadramento dell'atto di acquisto come effetto giuridico dell'attività gestoria.

Con riferimento al primo presupposto emerge che il rapporto di mandato deve avere la natura di mandato senza rappresentanza, pertanto il mandatario è sia soggetto psicologico sia soggetto giuridico dell'atto gestorio. Ne consegue che in veste di soggetto psicologico è autore della volontà che ha consentito la formazione dell'accordo con il terzo (art. 1326 c.c.), mentre in veste di soggetto giuridico è parte del contratto con il terzo e quindi destinatario degli effetti giuridici che promanano da questo contratto (art. 1372 c.c.). Il mandante è il soggetto economico di questa attività gestoria e quindi colui che assume il rischio dell'intera operazione ed il destinatario dei risultati economici vantaggiosi e svantaggiosi di essa.

Venendo al secondo presupposto, oggetto del contratto fra mandante e mandatario deve essere un mandato ad acquistare, infatti il mandatario assume l'obbligo di compiere in rapporto con il terzo un negozio di acquisto di entità patrimoniali: oggetto dell'acquisto del mandatario devono essere diritti su "cose mobili", ma al riguardo occorre verificare se in questa categoria possano rientrare le universalità di mobili, le aziende, i titoli di credito e le quote di

partecipazione sociale.

Il terzo presupposto consiste in un "effetto giuridico", infatti a seguito del compimento dell'attività gestoria deve essersi concretizzato l'effetto traslativo dal terzo al mandatario del diritto sul bene mobile oggetto dell'acquisto. La concretizzazione di questo effetto deve essere accertata in base ai principi inerenti gli effetti reali del contratto, immediati o differiti che siano. Pertanto ove la cosa sia stata determinata solo nel genere l'acquisto, cioè l'effetto reale, potrà verificarsi solo in seguito alla individuazione della cosa ai sensi dell'art. 1378 c.c.; quando l'atto gestorio abbia comportato l'acquisto di un bene futuro, l'acquisto avverrà solo col venire ad esistenza di questo; quando oggetto del contratto sia l'acquisto di una cosa altrui, il trasferimento della proprietà si avrà solo quando la cosa sia stata acquistata dal terzo venditore, in base all'art. 1478, II comma, c.c.

E' orientamento consolidato che l'effetto traslativo dal mandatario al mandante si produce secondo le regole generali. Pertanto occorre distinguere la natura delle cose acquistate (cose di specie, cose di genere o diritti altrui) e verificare se esistano accordi tra mandante e mandatario per il differimento dell'effetto traslativo.

Il momento della produzione, in capo al mandante, dell'effetto traslativo relativo alla titolarità delle cose acquistate dal mandatario in esecuzione dell'incarico ricevuto, può essere stabilito convenzionalmente, infatti la dottrina rileva che: *"L'eventuale accordo fra il mandatario ed il mandante con cui viene differito il trasferimento della proprietà ad un momento ulteriore rispetto a quello in cui si compie l'acquisto presso il terzo è ammissibile"*. (Luminoso 1984, 315).

L'effetto giuridico connesso a questi presupposti è che il mandante, nonostante il mandato sia senza rappresentanza, è legittimato a "rivendicare" le cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario. Già il tenore letterale della disposizione, nel termine di "rivendicare", induce a ritenere che il mandante acquisti immediatamente la proprietà mobiliare, senza che sia necessario un successivo atto traslativo dal mandatario al mandante. Infatti, dovendosi ritenere che il legislatore utilizza i termini nel loro significato tecnico ed essendo noto che l'azione di rivendicazione è la più importante a tutela della proprietà, è agevole concludere nel senso dell'immediatezza dell'acquisto della proprietà mobiliare (sempre che si tratti di cosa certa e determinata). L'interpretazione trova conferma nella parte finale della norma, che richiamando espressamente l'acquisto a non domino (art. 1153 c.c.), esclude necessariamente che il mandatario sia stato proprietario in modo temporalmente apprezzabile della cosa mobile. D'altronde, la circostanza che il mandatario abbia la disponibilità materiale delle cose mobili consente, anche se con comportamento non corretto, di far sì che possa trovare applicazione

la fattispecie dell'acquisto di proprietà mobiliare da non domino, purché ovviamente vi sia titolo, buona fede del terzo acquirente e relativa immissione nel possesso. Si consideri, infine, che, ulteriore dimostrazione dell'acquisto immediato della proprietà da parte del mandante si trae dall'art. 1707 c.c., nella parte in cui consente al mandante di opporsi ai creditori del mandatario dimostrando che le cose mobili detenute da costui sono state acquistate in conseguenza di un mandato risultante da scrittura avente data certa anteriore al pignoramento.

Nell'interpretare la norma contenuta nel primo comma dell'art. 1706 c.c., la giurisprudenza ha costantemente affermato che dalla stessa norma, per cui il mandante può rivendicare dai terzi le cose acquistate per suo conto in nome proprio dal mandatario, si desume che i beni acquistati dal mandatario appartengono al mandante, presupponendosi l'immediato ed automatico trasferimento del diritto di proprietà sulle dette cose dall'alienante al mandante. (Cass. 11 giugno 1971, nr. 1748, Giur. it. 1972, I, 1, 354; Cass. 18 marzo 1966, nr. 773, Giur. it. 1959, I, 1, 586).

2.1) Teorie sulla legittimazione del mandante ad esperire azioni petitorie e possessorie sulle cose mobili acquistate dal mandatario senza rappresentanza

La dottrina si è interrogata sul fondamento della legittimazione del mandante ad esperire le azioni petitorie e possessorie a difesa delle cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario senza rappresentanza.

Sono state formulate numerose teorie in merito e tra quelle che vantano maggiori consensi risalta la teoria del "Trasferimento diretto" dal terzo al mandante della cosa mobile acquistata dal mandatario. Secondo tale teoria il diritto reale sulla cosa, non appena acquistato dal mandatario per effetto del negozio gestorio, viene perduto dallo stesso e si trasferisce automaticamente al mandante, senza bisogno di alcun nuovo apposito atto o negozio da parte del mandante o del mandatario, ma semplicemente in forza di un titolo traslativo la cui natura e composizione appaiono non uniformi nei vari autori.

Secondo l'opinione prevalente, a giustificare l'acquisto in capo al mandante sono varie circostanze, ovvero: da un lato l'alienità dell'interesse gestito dal mandatario, infatti quest'ultimo non vuole i beni acquistati per sé, ma li ha acquistati per farne conseguire la proprietà al mandante, e, dall'altro lato vi sono argomenti testuali, come il potere riconosciuto al mandante di rivendicare le cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario, potere che non potrebbe esercitare se non fosse proprietario, oltre alla considerazione che i

creditori del mandatario non possono far valere le loro ragioni sui beni mobili da lui acquistati in esecuzione del mandato. (Graziadei 1994, 166; Pugliatti 1965, 440; Rubino 1971, 24; Sacco 1966, 1391). Questa tesi si espone alle stesse critiche già formulate contro la teoria dell'acquisto diretto del credito ex art. 1705, II comma, c.c., infatti è stato rilevato che con riguardo al mandato ad acquistare e a quello ad alienare, ritenere un trasferimento diretto fra mandante e terzo è difficilmente accettabile, in quanto in contrasto con fondamentali principi di diritto positivo e prima ancora con il principio di autonomia privata, il quale non tollera, in difetto di apposita previsione normativa, che un contratto possa avere come destinatario dei suoi effetti, all'insaputa di uno dei contraenti, un terzo anziché l'altro contraente. In merito è stato lamentato che in base alla teoria del trasferimento diretto: *"Vi sarebbe una inammissibile scissione degli effetti del contratto di compravendita posto in essere dal mandatario. Infatti la disposizione di evidente carattere imperativo, contenuta nell'art. 1372, II comma, c.c., stabilisce che il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge. Si tratta di una deviazione di un effetto prodotto dal contratto, che, nelle ipotesi previste dalla legge, incide immediatamente nella sfera giuridica di un terzo, come accade ad esempio nel contratto a favore di terzo. Per contro, secondo la tesi qui criticata, non vi sarebbe una deviazione dell'effetto contrattuale, ma un'esclusione della sfera giuridica della parte nella quale tale effetto dovrebbe prodursi, infatti si elimina radicalmente il contratto che pure è la base giuridica della produzione dell'effetto, per cui si giunge alla singolare conclusione che l'effetto obbligatorio si produce nella sfera giuridica del mandatario e l'effetto traslativo in testa ad un soggetto estraneo, sotto ogni profilo, al contratto. Verrebbe, quindi, a cessare ogni differenza, per l'aspetto qui considerato, con la rappresentanza. Per contro è conforme ai principi che la proprietà sia acquistata dal mandatario, e successivamente, anche se temporalmente in modo non apprezzabile trasferita al mandante. Il che può avvenire esclusivamente in forza di legge, in quanto il principio del consenso traslativo non può trovare applicazione laddove vi sia contraria disposizione (art. 1372, I comma, c.c.)".* (Carpino 2007,28).

La tesi dottrinale prevalente è quella del "Doppio trasferimento automatico" in base alla quale: *"Il diritto reale sulla cosa, non appena acquistato dal mandatario per effetto del negozio gestorio, viene perduto dallo stesso e si trasferisce automaticamente – senza bisogno cioè di alcun apposito atto o negozio da parte del mandante o del mandatario – al mandante, in forza di un titolo traslativo, la cui natura e composizione sono però – ancora una volta – discusse. Siffatta opinione (...) oltre a trovare un fondamento di ordine sistematico di primo piano nella regola consensualistica (art. 1376*

c.c.), riceve ulteriore conforto nel riferimento, contenuto nel testo del primo comma dell'art. 1706 c.c., all'azione di rivendica proponibile dal mandante – la quale, in quanto azione petitoria (art. 948 c.c.), suppone la qualità di proprietario del soggetto ad essa attivamente legittimato – e può altresì contare su un argomento testuale di rilievo costituito dalla salvezza rispetto al mandante rivendicante (disposta dallo stesso art. 1706, I comma) dei soli acquisti a non domino (ex art. 1153) da parte dei terzi, salvezza la quale, soprattutto in relazione agli aventi causa dal mandatario, sembra supporre che la proprietà della cosa si trovi nella sfera giuridica del mandante, e non più in quella del mandatario, fin immediatamente dopo l'acquisto da lui operato". (Luminoso 1984, 227-229).

E ancora: "Prevale la tesi del doppio trasferimento automatico: il mandatario diverrebbe proprietario delle cose acquistate in esecuzione dell'incarico, ma non appena divenuto proprietario di esse, ne perderebbe immediatamente la proprietà che verrebbe acquistata automaticamente dal mandante". (Carnevali 1990, 4).

La conferma della validità di questa teoria si ha considerando l'ipotesi in cui il mandante pretenda di rimanere occulto. In questo caso è stato affermato che: *"La difesa giudiziaria delle cose acquistate per suo conto (azioni petitorie e azioni possessorie) può essere esercitata dal mandatario". (Carnevali 1990,4).*

Le teorie secondo cui la proprietà viene acquistata dal mandatario e contestualmente trasferita al mandante per virtù di legge, ovvero di un acquisto immediato ed automatico, ma non direttamente dal terzo, sono state criticate evidenziando che acquistando il mandante dal mandatario, bisogna conseguentemente ritenere che l'acquisto sia a domino, il che farebbe sorgere qualche perplessità qualora il mandante sia consapevole che il terzo alieni un bene mobile in suo possesso, ma non di sua proprietà. E pertanto, ad una prima valutazione, si potrebbe ritenere che la disposizione del secondo comma dell'art. 1391 c.c., laddove stabilisce che il rappresentato in mala fede non può, in nessun caso, giovare della buona fede del rappresentante, non possa trovare applicazione, in quanto il mandante acquisterebbe dal mandatario, cioè a domino. Ma sembra agevole replicare, che l'interposizione reale di persona, che si realizza tipicamente con la conclusione di un mandato senza rappresentanza, non può certo costituire mezzo per eludere norma imperativa. In tal caso il contratto di mandato, pur con la buona fede del mandatario, sarebbe nullo per contrarietà a norma imperativa. In breve, ciò che la legge vieta si possa fare direttamente, non lo si può porre in essere indirettamente. Trova applicazione al mandato, il II comma dell'art. 1391 c.c. ed in merito la Cassazione rileva il reato di appropriazione indebita nell'ipotesi in cui il mandatario senza rappresentanza disponga uti dominus dei titoli obbligazionari acquistati per conto del

mandante: *“Poiché, ai sensi degli art. 1705 e 1706 c.c., il mandato senza rappresentanza ha un'efficacia reale, oltre che obbligatoria, tanto che il mandante può agire come proprietario delle cose mobili acquistate per suo conto sia nei confronti del terzo che dello stesso mandatario, sicché il bene oggetto del contratto si considera come acquisito fin dal momento dell'esecuzione del mandato al suo patrimonio, è configurabile il delitto di appropriazione indebita nell'ipotesi in cui il mandatario disponga uti dominus di titoli obbligazionari acquistati per conto del mandante. (Nell'affermare detto principio la Corte ha altresì precisato che nella specie la proprietà dei titoli di credito doveva ritenersi trasmessa al mandante in virtù del contratto, il cui effetto traslativo non richiede la consegna dei relativi documenti, necessaria esclusivamente, ai sensi dell'art. 2003 c.c., per l'esercizio dei diritti che vi sono incorporati)”*. (Cass. Pen. 23 ottobre 1996, nr. 705, in Giust. Pen., 1997, I, 1 p. 618).

Le contrapposizione tra le teorie dottrinali espone, tuttavia, sembra avere perso intensità per avviarsi verso una conciliazione delle varie posizioni sulla scorta del valore che assume al riguardo il principio consensualistico. Così più recentemente, affrontando il fondamento dogmatico dell'art. 1706, I comma, c.c. è stato assunto che: *"La norma è in accordo con la regola consensualistica circa il trasferimento della proprietà (art. 1376 c.c.), pertanto, l'acquisto di cose mobili, realizzato da un mandatario senza rappresentanza, per conto del mandante, trasferisce in capo a quest'ultimo la proprietà dei beni acquistati. Il regime consensualistico è compatibile tanto con la tesi secondo cui l'acquisto dei beni da parte del mandante è diretto, senza necessità di un passaggio intermedio dei beni in capo al mandatario, quanto con l'opinione che postula un duplice trapasso dei beni: dal terzo al mandatario, e da quest'ultimo al mandante"*. (Graziadei 1994, 166).

Ulteriore critica perviene da altra corrente dottrinale che si basa sull'assunto che il mandato non determina alcun effetto reale, ma soltanto effetti obbligatori, quindi occorre chiarire in che modo il mandato possa produrre anche effetti reali. Secondo tale corrente per risolvere la questione occorre ricercare l'evento causativo di tale effetto e a tal fine è stato rilevato che il rapporto di mandato configura una fattispecie complessa in cui gli atti che la compongono, ovvero il mandato e l'atto di acquisto, oltre a produrre gli effetti giuridici loro propri, producono anche un effetto ulteriore che consiste nell'acquisto del mandante, cioè il trasferimento automatico senza necessità di atto traslativo ad hoc del diritto acquisito dal mandatario.

Il punto centrale è sempre il medesimo: l'adempimento dell'obbligo gestorio si risolve nel compimento di un atto concluso con terzi; ora quest'atto, qualora sia un contratto traslativo, produce i relativi effetti solo tra le parti del contratto. La deviazione di tale effetto è possibile

solo in forza di legge e poiché il consenso delle parti è inidoneo a produrre tale effetto, il legislatore, in considerazione della natura del bene, fa sì che l'atto posto in adempimento di un obbligo gestorio si rifletta immediatamente nella sfera giuridica del mandante, assecondando il suo presumibile intento. L'atto base rimane il mandato, in quanto è in forza di esso che si determina la qualifica dell'adempimento come atto posto in essere per conto altrui, ma anche così rimane confermata l'insufficienza del mandato a produrre effetti traslativi, in quanto non si tratta di un negozio casualmente traslativo. Gli effetti traslativi richiedono necessariamente un'attività di interposizione e l'effetto ricollegato dalla legge è meramente "naturale", infatti, in virtù dell'autonomia privata, è perfettamente ammissibile che nel contratto di mandato si escluda espressamente il trasferimento automatico della proprietà mobiliare. Questa considerazione conferma che il mandato sia privo di qualsiasi efficacia traslativa. Escludendo la produzione automatica dell'effetto traslativo, il mandante non potrebbe opporsi a che i creditori del mandatario soddisfino le loro ragioni sui beni mobili acquistati e non trasmessi dal mandatario.

3) Mandato ad acquistare cose di specie

Nell'ambito del mandato ad acquistare cose di specie, opera il principio consensualistico, disposto dall'art. 1376 c.c., per cui, affrontando l'interpretazione dell'art. 1706, I comma, c.c., si rileva che il regime consensualistico è compatibile tanto con la tesi secondo cui l'acquisto dei beni da parte del mandante è diretto, senza necessità di un passaggio intermedio dei beni in capo al mandatario, quanto con l'opinione che postula un duplice trapasso dei beni, ovvero dal terzo al mandatario, e da quest'ultimo al mandante.

In materia di mandato ad acquistare cose mobili, è la legge stessa a configurare testualmente il trasferimento dal mandatario al mandante. Questo dato incontrovertibile viene posto alla base della seguente argomentazione: *"Assodato che il trasferimento in discorso si identifica con un effetto negoziale il quale trova causa nel mandato, per stabilire più in dettaglio il meccanismo di produzione di tale effetto occorre avere riguardo evidentemente al principio del trasferimento consensualistico dei diritti (art. 1376 c.c.). In base ad esso (...) qualunque contratto il quale annoveri tra i risultati da raggiungere quello consistente nel passaggio della titolarità di un diritto da uno dei contraenti in favore dell'altro, ha in linea di massima l'idoneità a produrre il passaggio stesso (immediatamente, sul piano cronologico, o sussistendo qualche ostacolo, in un momento successivo), non rendendosi a ciò necessario un ulteriore*

negozio traslativo inter partes. Nessuna ragione sussiste per negare l'applicazione al mandato di questa che nel nostro ordinamento ha valore di regola generale. Al mandato perciò, nell'ipotesi in esame, dovrà tendenzialmente riconoscersi efficacia traslativa. Tanto più che un tale tipo di efficacia realizza una più intensa tutela della posizione del mandante, diminuendo i rischi di abusi ed infedeltà da parte del mandatario ed anche le possibilità di aggressioni da parte dei suoi creditori". (Luminoso 1984, 267).

In applicazione di questa costruzione dogmatica è possibile affermare che, in materia di mandato ad acquistare cose mobili: *"Il bene mobile, non appena acquistato dal mandatario in forza del negozio gestorio, si trasferisce automaticamente al mandante per effetto del mandato. L'efficacia traslativa del contratto di mandato è perciò differita ed eventuale, in quanto subordinata e rinviata all'esatto compimento, da parte del mandatario, dell'atto gestorio, oggetto del mandato". (Luminoso 2007, 94).*

La conclusione sulla posizione giuridica del mandante è allora la seguente: *"Il mandante diviene proprietario del bene, e lo diventa pleno iure ed erga omnes, in particolare anche nei riguardi del terzo contraente ed ogni altro terzo. Deve escludersi che sia configurabile in capo al mandante un "proprietà sostanziale" ed in capo al mandatario una "proprietà formale". (Luminoso 2007, 94).*

Per quanto l'art. 1706, I comma, c.c. non faccia distinzioni, l'interpretazione corrente assimila ai beni mobili anche i complessi aziendali mobiliari: *"L'acquisto di beni mobili (nella specie, un'azienda mobiliare) da parte del socio amministratore di una società in nome collettivo irregolare, che abbia agito nell'interesse della società ma senza palesare all'esterno la sua qualità di socio, va riferito alla società a norma dell'art. 1706 comma 1 c.c., che contempla gli acquisti mobiliari del mandatario", la Cassazione ha, infatti, statuito che: "Il socio di una società di fatto, qualora acquisti per conto della società, ma in nome proprio, senza palesare all'esterno la sua qualità di rappresentante, è obbligato in forza del mandato implicito nel potere di amministrazione, che gli spetta a norma dell'art. 2257 c.c. a ritrasferire alla società i beni comprati, ove si tratti di immobili, ai sensi ed agli effetti dell'art. 1706 comma 2 c.c., con il correlativo potere della società di agire a termini dell'art. 2932 c.c. in caso di sua inosservanza di tale obbligo, mentre, con riguardo a beni mobili, ancorché integranti un complesso aziendale, l'acquisto in questione produce automaticamente e direttamente la loro appartenenza alla società, ai sensi del comma 1 del citato art. 1706 c.c. e, quindi, pone i beni stessi in comunione con gli altri soci, senza la necessità di alcun ulteriore adempimento formale". (Cass. 5 maggio 1980, nr. 2935, GI, 1980, I, 1, 1558).*

Secondo la giurisprudenza il termine "beni mobili" è idoneo a

comprendere anche le partecipazioni in società commerciali purché non si tratti di cose determinate solo nel genere: *"Il mandato ad acquistare quote di società a responsabilità limitata è regolato dalla disposizione che disciplina il mandato ad acquistare beni mobili, in virtù della quale il bene acquistato in proprio nome dal mandatario si trasferisce automaticamente al mandante"*. (Trib. Piacenza 16 luglio 1993, BBTC, 1994, II, 537).

Poiché le norme sul mandato si applicano anche ai rapporti fra società di persone e amministratori, anche di fatto, si propongono alcune applicazioni giurisprudenziali in materia di acquisto di beni mobili da parte dell'amministratore, senza rappresentanza: *"L'amministratore di una società di persone, che in forza della legge o del patto sociale compia disgiuntamente dagli altri amministratori negozi giuridici, acquistando beni che intesta a sè medesimo, è tenuto a rimettere alla società i beni mobili e immobili che siano stati oggetto, nell'esercizio delle sue funzioni, della compravendita. Ne consegue che nel caso in cui il suddetto amministratore non rimetta alla società i detti beni, questi non possono considerarsi parte del patrimonio sociale fin quando a seguito dell'esercizio dell'azione ex art. 1706 non sia ottenuto un titolo giudiziale che dichiari o costituisca il diritto di proprietà della società su di essi"*. (Cass. 9 marzo 1994, nr. 2301, GC, 1994, I, 1887).

4) Mandato ad acquistare cose di genere o massa di cose

In applicazione del principio disposto dall'art. 1377 e dell'art. 1378 c.c., nel caso in cui il mandatario sia incaricato di acquistare cose di massa o cose di genere, il trasferimento della proprietà al mandante è subordinato al requisito della loro individuazione, atto questo che può essere effettuato dal mandante, dal mandatario o addirittura dal terzo. (Carnevali 1990, 4; Carpino 2007,32; Luminoso 1991, 1276).

Una volta affermato che, in base all'art. 1706, I comma, c.c., è possibile ravvisare un acquisto automatico, sia pure non diretto dal terzo al mandante, attraverso l'acquisizione intermedia del mandatario, viene opportunamente rilevato che: *"Perché si produca l'automatismo dell'effetto acquisitivo, è necessario, tra l'altro che il bene sia idoneo a tal fine; così, se il mandatario abbia acquistato cose generiche, l'effetto traslativo si verificherà al momento dell'individuazione, dovendosi distinguere l'accordo di individuazione che attiene all'esecuzione da quello sulle modalità di individuazione che attiene alla fase di integrazione del negozio"*. (Carpino 2007, 32). In giurisprudenza si veda la seguente massima: *"Nel caso di acquisto di cose generiche (nella specie, denaro) effettuato dal mandatario, la loro individuazione, necessaria per il prodursi dell'effetto traslativo*

in capo al mandante, si realizza già con la consegna eseguita dal terzo al mandatario; sicché, anche nell'ipotesi in cui egli abbia agito nell'interesse del mandante senza spenderne il nome, deve ritenersi che i beni acquistati entrino nel patrimonio di quest'ultimo sin dal momento in cui il mandatario ne ha ricevuto la consegna". (Cass. 6 marzo 1999, nr. 1925, RCP, 1999, 1319).

Interessante considerare quanto si legge nella motivazione: *"E' però agevole replicare che, nel caso di acquisto di cose generiche effettuato dal mandatario, la loro individuazione, necessaria per il prodursi dell'effetto traslativo, si realizza già con la consegna al mandatario: sicché - anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo abbia agito nell'interesse del mandante, senza spenderne il nome, come sembra assumere il ricorrente - deve ritenersi che, proprio in virtù del principio posto dall'art. 1706 c.c. (il quale implica che il mandante acquisti la proprietà delle cose acquistate per suo conto dal mandatario: Cass. 23 ottobre 1996, Bozzi; 5 maggio 1980, n. 2935; 11 giugno 1971, n. 1748) esse entrino nel patrimonio del mandante fin da tale momento".*

Il problema si è presentato soprattutto per il mandato ad acquistare un certo numero di azioni di società: *"Il contratto di mandato in forza del quale un soggetto si sia impegnato ad acquistare e a trasferire al mandante la proprietà di un certo numero di azioni di una società ha ad oggetto il trasferimento di cose determinate solo nel genere, nell'ambito del quale la proprietà si trasmette esclusivamente, a norma dell'art. 1378 c.c., mediante l'individuazione dei beni che ne formano oggetto. Pertanto, qualora le azioni non siano state individuate o siano confuse nel patrimonio del mandatario che ne abbia acquistate una quantità superiore, sussiste inadempimento del mandatario all'obbligo essenziale di ritrasferire al committente la cosa acquistata per suo conto, facendogliene acquistare la proprietà". (Cass. 24 giugno 2002, nr. 9166, GC, 2003, I, 2896).*

Nella motivazione si avverte che argomentando dall'art. 1706 c.c., che conferisce al mandante il potere di rivendicare le cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario, la giurisprudenza ritiene che, in attuazione del principio consensualistico, la proprietà delle azioni, ove siano individuate e non siano confuse con il patrimonio del mandatario, si trasferisce al mandante automaticamente per effetto dell'acquisto del mandatario senza che sia necessario alcun atto di trasferimento. Più precisamente, il meccanismo acquisitivo del mandante si articola in due trasferimenti, logicamente successivi, ma cronologicamente contestuali, uno dal terzo al mandatario attuato attraverso il negozio gestorio e l'altro successivo dal mandatario al mandante fondato sul contratto di mandato, che si realizza in via automatica senza necessità di ulteriore attività giuridica non appena posto in essere l'atto gestorio. Se, però, le azioni non siano

individuare o siano confuse nel patrimonio del mandatario, come nel caso in cui venga acquistata una quantità di azioni superiore, l'acquisto del mandatario e quello del mandante avvengono a norma dell'art. 1378 c.c. mediante l'individuazione, per cui la mancanza di essa costituisce causa di inadempimento dell'essenziale obbligo del mandatario di ritrasferire al mandante le azioni acquistate per suo conto, facendogliene acquistare la proprietà.

Per la giurisprudenza meno recente si veda invece un'altra massima: *"Qualora un mandatario senza rappresentanza, agendo per conto di più clienti, abbia acquistato presso una banca buoni del tesoro per un dato valore nominale complessivo, i singoli mandanti non possono rivendicare direttamente titoli di loro spettanza ai sensi dell'art. 1706, I comma, c.c., ovvero esercitare l'azione contrattuale di consegna dei medesimi, ai sensi del precedente art. 1705, II comma, prima che l'oggetto di ciascun contratto di mandato sia stato determinato attraverso la ripartizione dei titoli sottoscritti fra i vari clienti, eseguita dal mandante sulla base dell'elenco numerico dei titoli stessi trasmessogli dalla banca"*. (Cass. 18 aprile 1974, nr. 1051, MFI, 1974, 1051).

5) La posizione giuridica del mandatario prima dell'effetto traslativo

Occorre considerare la posizione giuridica del mandatario che, prima del momento della realizzazione dell'effetto traslativo in capo al mandante, ha il dovere di tutelare l'acquisto di quest'ultimo.

Il mandatario pertanto ha il potere – dovere di esercitare le azioni petitorie e possessorie a tutela di tale interesse, infatti nel caso in cui il mandante pretenda di rimanere occulto, è ammesso che: *"La difesa giudiziaria delle cose acquistate per suo conto (azioni petitorie e azioni possessorie) può essere esercitata al mandatario"*. (Carnevali 1990, 4).

Sicuramente il mandatario non può disporre delle cose acquistate per conto altrui, in ogni caso, quando è (temporaneamente) proprietario dei beni acquistati per conto del mandante, senza averne tuttavia l'incondizionata disponibilità, l'eventuale alienazione non autorizzata compiuta dall'intermediario è sanzionabile penalmente. Ciò conferma che la proprietà del mandatario può essere comunque soggetta ad uno statuto speciale, modellato secondo le esigenze di tutela del mandante.

In giurisprudenza viene rilevata la seguente massima: *"Poiché, ai sensi degli art. 1705 e 1706 c.c., il mandato senza rappresentanza ha un'efficacia reale, oltre che obbligatoria, tanto che il mandante può*

agire come proprietario delle cose mobili acquistate per suo conto sia nei confronti del terzo che dello stesso mandatario, sicché il bene oggetto del contratto si considera come acquisito fin dal momento dell'esecuzione del mandato al suo patrimonio, è configurabile il delitto di appropriazione indebita nell'ipotesi in cui il mandatario disponga uti dominus di titoli obbligazionari acquistati per conto del mandante". (Cass. Pen. 23 ottobre 1996, nr. 705, CPMA, 1998, 68).

6) Azione di rivendica del mandante e diritti dei terzi possessori in buona fede

Il I comma, dell'art. 1706 c.c. dispone che il mandante non può rivendicare i beni mobili acquistati dal mandatario nei confronti dei terzi che hanno acquistato diritti per effetto del possesso di buona fede. La norma che fa "*salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto del possesso di buona fede*" è perfettamente in linea con l'esigenza di protezione dell'affidamento e della sicurezza nella circolazione della ricchezza.

Conviene approfondire la situazione di conflitto: il mandatario ha acquistato da un terzo un bene mobile, sul quale in realtà altri soggetti (terzi anch'essi, ma diversi da quello che è stato parte nell'attività gestoria) possono vantare diritti incompatibili con la posizione di acquirente cristallizzati ai sensi dell'art. 1706 c.c. in capo al mandante. La norma considera appunto il conflitto fra il mandante e questi terzi e lo risolve in base al criterio di buona fede a protezione dell'affidamento di quel terzo che ignorava di ledere la posizione del mandante.

In altri termini il terzo merita la protezione riservata dall'ordinamento alla categoria dei terzi in buona fede, pertanto il modello disciplinare fondamentale è quello dell'art. 1153 c.c., per cui il terzo è protetto se l'acquisto riguarda un bene mobile, se tale acquisto è avvenuto in base ad un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà, se della cosa ha avuto il possesso tramite consegna effettuata direttamente dall'alienante non dominus, se era in buona fede al momento dell'acquisto ai sensi dell'art. 1147 c.c., e cioè ignorava di ledere l'altrui diritto (nel nostro caso il diritto del mandante).

Si osservi che, trattandosi di buona fede possessoria, vale la presunzione dell'art. 1147, III comma, c.c., per cui è il mandante che rivendica che deve provare la mala fede.

Il tema è ben presente alla giurisprudenza come si evince da questa sentenza di merito: "*Deve essere riconosciuto al fiduciante il diritto di rivendicare i beni acquistati dai fiduciari, dovendosi considerare applicabile l'art. 1706 c.c., il quale stabilisce, in materia di mandato, che il mandante può rivendicare le cose mobili acquistate per suo*

conto dal mandatario che ha agito in nome proprio, salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto del possesso di buona fede. In ogni caso, il fiduciante ha diritto di richiedere ed ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ai sensi dell'art. 2392 c.c." (Trib. Cagliari 10 dicembre 1999, RGSarda, 2001,661).

7) Acquisto del mandatario per conto del mandante di beni immobili o di beni mobili iscritti in pubblici registri

L'art. 1706, II comma, c.c. prevede l'ipotesi in cui il mandatario sia stato incaricato dal mandante di acquistare, per suo conto (non in suo nome e quindi senza rappresentanza), beni immobili o beni mobili registrati. La disposizione statuisce che il mandatario, acquistato il bene per conto conserva "transitoriamente" la proprietà ed è obbligato a trasferire al mandante i beni acquistati, con apposito atto di trasferimento, idoneo ad essere trascritto.

La diversità di disciplina rispetto all'acquisto dei crediti e dei beni mobili ha una giustificazione nel sistema della trascrizione infatti tale regime è ostativo al prodursi di effetti automatici e diretti tra mandante e terzo, inoltre a causa del principio consensualistico non è configurabile un ritrasferimento automatico dal mandatario al mandante.

Con riferimento all'art. 1706, II comma, c.c., viene osservato che: *"In base a questa norma il mandatario è obbligato a ritrasferire il bene (acquistato in esecuzione del mandato) al mandante, salvo restando in caso di rifiuto il possibile ricorso da parte del mandante, al rimedio della esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di contrarre ai sensi dell'art. 2932 c.c.".* (Luminoso 2007, 79).

Riprende questa linea anche altra dottrina per la quale: *"Sul mandatario grava un obbligo a ritrasferire la proprietà che, per espresso rinvio legislativo (art. 1706, II comma, c.c.), sembrerebbe doversi qualificare come obbligo a contrarre"*. (Carpino 2007, 33).

Questi principi sono alla base della seguente sentenza: *"Qualora il mandatario non dichiari ai terzi di contrarre in nome del mandante, si verifica un tipico caso di interposizione di persona che, mentre consente al mandante di rivendicare le cose mobili, acquistate per suo conto, e di esigere i crediti derivanti dall'esecuzione del mandato, non gli consente di rivendicare le cose immobili acquistate per conto di lui, ma in nome proprio dal mandatario, essendo necessario perché gli immobili passino in proprietà del mandante che il mandatario li ritrasferisca"*. (Cass. 15 febbraio 1978, nr. 707, VN. 1978, 149).

Corollario di questo profilo è il decorso del termine della prescrizione del diritto del mandante ad acquistare l'immobile, infatti: *"La*

prescrizione del diritto del mandante al trasferimento della proprietà immobiliare, acquistato per conto suo dal mandatario senza rappresentanza, comincia a decorrere dal momento in cui il mandatario acquista la proprietà del bene". (Cass. 25 gennaio 1974, nr. 202, FI, 1974, I, 2739).

Sono fuori da questa fattispecie normativa le ipotesi in cui il mandante per qualsiasi causa acquisti il bene, a prescindere dall'atto di ritrasferimento del mandatario. E' il caso in cui la compravendita immobiliare, che il mandatario è incaricato di concludere per conto del mandante, sia preceduta da un contratto preliminare concluso fra il mandatario ed il terzo.

In questa situazione il mandante ha due alternative: *"Infatti, se il mandante esercita il credito derivante dal contratto preliminare concluso dal mandatario con il terzo (art. 1705, II comma), il trasferimento immobiliare programmato a favore del mandatario dovrà essere eseguito nei confronti del mandante. Soltanto se il mandante non interviene nel rapporto tra il terzo e il mandatario, si verifica la fattispecie prevista dall'art. 1706, II comma, c.c."*. (Graziadei 1994, 167).

7.1) Teorie sulla natura dell'atto di ritrasferimento

La dottrina si è interrogata circa la natura dell'atto di ritrasferimento dal mandatario al mandante necessario ad adempiere l'obbligazione prevista dall'art. 1706, II comma, c.c.

Nel tentativo di chiarire il rapporto tra mandato e atto di trasferimento, sono state formulate varie teorie circa la natura costitutiva o dichiarativa di tale atto.

L'orientamento dottrinale secondo cui si realizza un trasferimento diretto (dal terzo al mandante) della proprietà della cosa, ritiene che il mandante acquisterebbe immediatamente la "proprietà sostanziale" del bene mentre il mandatario (avendo contratto con il terzo in nome proprio ed avendo la trascrizione, del contratto gestorio, a proprio favore) acquisterebbe una "proprietà formale" o una semplice "legittimazione" ad alienare ai terzi, per far venire meno le quali sarebbe appunto necessaria la trascrizione di quell'atto che la legge chiama di "ritrasferimento", ma che avrebbe natura meramente ricognitiva e servirebbe unicamente ad assicurare la continuità delle trascrizioni, avendo il mandante già acquisito la proprietà formale del bene.

Anche se si aderisce alla tesi del doppio trasferimento automatico, in virtù del quale il mandatario perderebbe immediatamente a favore del mandante il diritto acquistato per suo conto, il negozio di ritrasferimento non avrebbe effetto traslativo, ma solo certificativo o

dichiarativo, utile solo per effettuare la trascrizione dell'atto nei pubblici registri. (Campagna 1962, 88; Gabrielli 1974, 143, Santagata 1985, 417).

All'accoglimento di tali opinioni si oppongono tuttavia tutte quelle ragioni già indicate che, in termini generali, rendono inaccettabile nel nostro ordinamento un fenomeno siffatto di trasferimento diretto dal terzo al mandante. Ragioni cui si aggiungono altrettanto decisivi argomenti di natura testuale, non potendosi dubitare che la volontà della legge sia quella di assegnare al negozio di ritrasferimento effettivi costitutivi (cioè traslativi) e non una semplice efficacia dichiarativa utile solo ai fini della trascrizione.

Gli orientamenti descritti sono stati superati per effetto dei risultati cui è pervenuto il dibattito sulla causa del contratto.

E' stato chiarito che non ogni pagamento traslativo si identifica necessariamente con un negozio astratto e che ben possono darsi atti di disposizione "isolati" (c.d. atti di "puro trasferimento") la cui causa poggia su un rapporto antecedente, il quale costituisce il fondamento giustificativo della trasmissione del diritto e nel contempo il termine di riferimento dell'intento negoziale, pertanto la dottrina ha identificato nel "ritrasferimento" previsto dall'art. 1706 c.c. un negozio traslativo di esecuzione, non astratto, ma causale, che si appoggia appunto al contratto di mandato e alla obbligazione di dare (ossia al trasferire la proprietà) che da esso, in tale ipotesi nasce. Negozio per la cui validità si ritiene necessaria, oltre all'esistenza di un valido rapporto di gestione, anche l'indicazione nell'atto della sua funzione (causa solvendi), ossia nella specie, della sua specifica funzione esecutiva dell'impegno gestorio assunto con il contratto di mandato. In questa prospettiva, quindi, se sotto il profilo strutturale, la fattispecie dell'effetto rappresentato dal trasferimento interno viene ad identificarsi con il contratto di esecuzione, la ragione giustificativa di tale effetto continua a rimanere il mandato e la sua causa gestoria. (Luminoso 2007, 167).

Se si esclude l'efficacia traslativa del mandato ad acquistare immobili o beni mobili registrati, e si sostiene che il mandato genera in capo al mandatario una obbligazione di dare, si perviene ad una diversa conclusione. L'atto con cui il mandatario adempie l'obbligazione di dare a favore del mandante si configura come un atto avente natura traslativa, produttivo di effetti reali. Sotto il profilo causale, esso è classificabile come un negozio a causa esterna, ma non astratto, in quanto la validità dell'attribuzione realizzata solvendi causa sussiste purché essa sia attuata in esecuzione di un (valido) contratto di mandato.

Questa impostazione si rintraccia in altro contributo secondo cui: *"L'atto con cui il mandatario adempie l'obbligazione di dare in favore del mandante si configura come un atto avente natura*

traslativa, produttivo di effetti reali. Sotto il profilo causale, esso è classificabile come negozio a causa esterna, ma non astratto, in quanto la validità dell'attribuzione realizzata solvendi causa sussiste purché sia attuata in esecuzione di un (valido) contratto di mandato". (Graziadei 1994, 167).

Si collega nella stessa corrente di pensiero anche questa opinione che, nell'intento di sottolineare il fondamento causale del negozio di ritrasferimento nel mandato senza rappresentanza ad acquistare immobili o mobili registrati, avverte che l'invalidità del mandato travolge inevitabilmente anche detto negozio traslativo, proprio in quanto quest'ultimo trova la sua giustificazione causale nel primo: *"L'atto di ritrasferimento al mandante non si configura come un negozio (traslativo) astratto, ma come un negozio causale (è discusso se unilaterale o bilaterale) che trova il suo fondamento nel contratto di mandato di cui costituisce esecuzione. L'invalidità del mandato trascina con sé quella dell'atto di ritrasferimento, che rimane privo di giustificazione e dà ingresso ad una codictio indebiti a favore del mandatario".* (Carnevali 1990, 5).

Pertanto la proprietà del bene acquistato in esecuzione del mandato rimane in capo al mandatario fino a quando questi ha compiuto il negozio traslativo a favore del mandante. (Carpino 2007, 39; Luminoso 1991, 1277, Pugliatti 1965, 36; Santagata 1985, 409).

Una volta che il negozio di ritrasferimento dal mandatario al mandante si pone come un negozio con causa esterna, si distinguono due concezioni e precisamente: la concezione della causa in senso oggettivo e la concezione della causa in senso soggettivo. Secondo la prima impostazione per la validità del negozio traslativo di esecuzione basta l'esistenza di un valido rapporto di mandato, principio al quale sembra ispirarsi la seguente massima: *"Non può essere impugnato sotto il profilo della mancanza della causa e del corrispettivo l'atto di trasferimento di un bene immobile posto in essere dal mandatario in favore del mandante, qualora l'attribuzione patrimoniale sia in funzione del preesistente rapporto di mandato, nel quale quell'atto trova la sua causa e sia accertato che il denaro occorrente per l'acquisto sia stato fornito dal mandante al mandatario".* (Cass. 14 febbraio 1973, nr. 454, GC, 1973, I, 731).

L'orientamento che concepisce la causa esterna in senso soggettivo, richiede per la validità del negozio di trasferimento anche l'indicazione nell'atto della sua specifica funzione, cioè l'*expressio causae*. Sembra ispirarsi a questa ricostruzione la decisione così massimata: *"La nullità del mandato all'acquisto di beni immobili, da trasferire successivamente al mandante, per difetto di forma scritta, non osta a che il mandatario possa dare spontanea esecuzione agli accordi verbali intercorsi con il mandante, e, quindi, non può di per sé costituire ragione d'invalidità dell'atto scritto che ponga in essere*

l'indicato trasferimento“ (Cass. 18 aprile 1980, nr. 2551, MFI, 1980, 2551).

8) Il mandato senza rappresentanza ad alienare

Il codice civile disciplina alcuni aspetti del mandato ad acquistare, nulla invece dispone per il mandato senza rappresentanza ad alienare, evocato nel contratto di commissione che, secondo la nozione fissata dall'art. 1731 c.c., è un contratto avente per oggetto, oltre all'acquisto, anche la vendita di beni per conto del committente e in nome del commissionario.

La giurisprudenza conferma questa classificazione, infatti: *“Il contratto di commissione, essendo un sottotipo qualificato di mandato senza rappresentanza, si distingue dal mandato con rappresentanza per l'assenza della contemplatio domini, cosicché mentre il negozio concluso dal mandatario con rappresentanza produce i suoi effetti direttamente in capo al mandante, quello posto in essere dal commissionario produce i suoi effetti giuridici nel patrimonio dello stesso commissionario, occorrendo un ulteriore atto giuridico per riversarli nel patrimonio del committente. Inoltre, quando la commissione abbia ad oggetto il mandato ad alienare, il contratto si atteggia in modo che l'effetto traslativo reale del bene, derivante dal consenso manifestato, non si verifica immediatamente, ma è sospensivamente condizionato al compimento dell'alienazione gestoria del bene medesimo da parte del mandatario o commissionario”*. (Cass. 5 maggio 2004, nr. 8512, GC 2005, I, 441).

Per affrontare i problemi giuridici del mandato senza rappresentanza ad alienare, occorre verificare: quali siano i presupposti di efficacia dell'atto di alienazione compiuto dal mandatario in nome proprio (senza rappresentanza), ma per conto del mandante; se il mandato ad alienare sia sempre ammissibile nel nostro ordinamento, qualunque sia l'oggetto (beni mobili, beni immobili o beni mobili registrati, diritti di credito), come risolvere il conflitto che oppone il mandatario, incaricato ad alienare i beni del mandante, ai proprio creditori.

Il silenzio del legislatore ha favorito un dibattito dalle conclusioni non univoche che, per molti aspetti richiama le linee interpretative elaborate anche per il mandato ad acquistare.

Una prima corrente di pensiero ipotizza il trasferimento diretto del bene dal mandante al terzo, infatti: *“L'alienazione posta in essere dal mandatario in nome proprio, in esecuzione dell'incarico, determinerebbe un trasferimento diretto del bene dal mandante al terzo. A seconda delle diverse formulazioni adottate, l'efficacia diretta troverebbe fondamento, o in un potere di disposizione del diritto del mandante che spetterebbe al mandatario in forza di*

un'autorizzazione con efficacia esterna che sarebbe inclusa nel mandato, o in una legittimazione eccezionale scaturente dall'obbligo del mandatario, di curare l'interesse altrui, o infine da un atto astratto di trasferimento di una pura legittimazione del mandante al mandatario". (Luminoso 2007, 84).

L'applicazione di questo principio porta alla conclusione che nel nostro ordinamento non sia ammissibile il mandato ad alienare i beni soggetti a trascrizione, cioè i beni immobili ed i beni mobili registrati: *"L'ammissibilità del mandato senza rappresentanza ad alienare beni immobili o mobili registrati sembra impedita in modo insuperabile da ragioni pratiche collegate all'istituto della trascrizione, e in particolare al principio della continuità delle trascrizioni (art. 2650 c.c.). Per acquistare con piena efficacia il diritto alienatogli dal mandatario (in nome proprio), il terzo dovrebbe o trascrivere il suo acquisto contro il mandante oppure, insieme con la trascrizione dell'acquisto contro il mandatario, rendere pubblico anche il mandato. Entrambe le soluzioni non sono possibili: la prima, perché non si può trascrivere se non contro l'alienante (e tale è il mandatario che ha alienato in nome proprio e non il mandante); la seconda, perché il mandato, non essendo un negozio traslativo, non rientra nella categoria degli atti soggetti a trascrizione a norma dell'art. 2645 c.c. Nemmeno si può pensare ad un'applicazione analogica dell'art. 2649 c.c."* (Mengoni 1975, 6).

Questo orientamento risulta talvolta seguito anche in giurisprudenza, come si avverte nella seguente massima: *"Il mandato ad alienare senza rappresentanza non è ammissibile, in modo particolare per i beni immobili e mobili registrati. Ne consegue che la vendita, in caso di mancata spendita del nome del mandante, non comporta altro effetto che quello di obbligare il mandatario a procurare all'acquirente l'intestazione del bene"*. (Cass. 27 maggio 2003, nr. 8393, VN, 2003, 1443).

Dalla motivazione di questa sentenza emerge che al pari del mandato ad acquistare, quello ad alienare solleva la problematica di come l'attività negoziale gestita in nome proprio dal mandatario possa produrre effetti tra il terzo ed il mandante.

Le principali soluzioni prospettate sono le seguenti. Secondo alcuni il mandato ad alienare attribuisce al mandatario il potere di disposizione del bene del mandante, di modo che si verifica una dissociazione tra legittimazione o potere di disporre del bene e titolarità di esso; per effetto del potere di disposizione attribuito con il mandato il mandatario può procurare l'acquisto del bene al terzo direttamente dal mandante senza bisogno di spenderne il nome. Senonché, come è stato osservato, nel sistema positivo non è ammessa dissociazione della titolarità del bene e del potere di disporre al di fuori di tassative disposizioni di legge.

Altra soluzione muove dalla considerazione che il mandatario può disporre del bene oggetto del mandato ad alienare solo in quanto ne sia titolare. Il meccanismo traslativo si può attuare o mediante un distinto ed autonomo atto tra mandante e mandatario o in modo automatico, trovandosi nel mandato una giustificazione sufficiente al trasferimento della proprietà. Se fosse necessario un previo negozio di trasferimento dal mandante al mandatario per legittimare la successiva alienazione del bene da parte di quest'ultimo, l'istituto del mandato ad alienare perderebbe gran parte della sua funzione ed utilità e l'incondizionato trasferimento del bene al mandatario potrebbe essere fonte di abusi da parte dello stesso, pertanto nel mandato ad alienare è ravvisabile un contratto nel quale l'effetto traslativo reale non si verifica immediatamente, ma è sospensivamente condizionato al compimento dell'alienazione gestoria del bene da parte del mandatario. Secondo questa impostazione nel mandato ad alienare si verifica la contemporanea presenza di due situazioni, una obbligatoria derivante dal mandato e l'altra reale derivante dall'alienazione gestoria, tra di loro collegate, operando l'alienazione gestoria come condizione sospensiva legale dell'effetto traslativo dal mandante al mandatario. La vicenda interpositiva, pertanto, si realizza interamente con il compimento del negozio gestorio ed il bene viene definitivamente acquistato dal terzo, previo spostamento strumentale della proprietà di esso dal mandante al mandatario. In questo contesto è consequenziale riconoscere al mandatario il potere di trasferire validamente il bene al terzo in nome proprio e per conto del mandante senza necessità di svelare l'esistenza del mandato. Contro questa costruzione, che consentirebbe di risolvere notevoli problemi pratici e di rivitalizzare la figura del mandato ad alienare, è possibile obiettare che l'alienazione gestoria presuppone la proprietà del mandatario, ma questa è, a sua volta, subordinata al compimento dell'alienazione gestoria ed in altri termini l'evento (alienazione gestoria) è condizione di un fatto (il passaggio della proprietà ex mandato) che è in realtà presupposto di essa. Su un piano più generale si può osservare che non esiste un aggancio testuale, sul quale fondare l'idea che il mandato è capace di spiegare effetti traslativi e che la "causa mandati" non è idonea a giustificare un trasferimento di diritti tra mandante e mandatario. In conclusione, non è ammissibile il mandato senza rappresentanza ad alienare, in modo particolare per quanto concerne i beni immobili ed i beni mobili registrati.

La teoria del trasferimento diretto è stata sottoposta a critiche riprendendo peraltro quello già formulate a tale riguardo nell'ambito del mandato ad acquistare. (Luminoso 2007, 85).

Merita menzione l'altra ricostruzione per la quale si ritiene che il mandato obblighi il mandante a compiere un successivo negozio di

“puro trasferimento“ del bene al mandatario, mettendolo così in grado di effettuare l'alienazione al terzo. (Carpino 2007, 55; Dominedò 1964, 120; Minervini 1957, 126, Luminoso 2007, 85).

Altra dottrina invece formula una diversa proposta e costruisce il mandato ad alienare come un negozio traslativo nel quale tuttavia l'effetto reale si produrrebbe non immediatamente, ma solo al sopravvenire della sua esecuzione; esecuzione che verrebbe così a formare, assieme allo stesso contratto di mandato, una fattispecie traslativa complessa, ovvero: *“A noi sembra che la costruzione maggiormente rispettosa delle regole legali in materia di efficacia dei contratti e al tempo stesso del contenuto del regolamento di interessi disposti col mandato ad alienare, sia quella che ricollega al mandato un'efficacia traslativo – reale (art. 1376 c.c.), destinata però a prodursi non immediatamente, ma solo al verificarsi della (condicio iuris sospensiva rappresentata dalla) alienazione gestoria al terzo“*. (Luminoso 2007, 111).

Questa tesi sembra condivisa da una parte della giurisprudenza come si avverte nella seguente massima: *“Nel mandato ad alienare (e nella commissione, quando ha ad oggetto questo tipo di mandato) è ravvisabile un contratto nel quale l'effetto traslativo reale del bene, derivante dal consenso manifestato dalle parti (art. 1376 c.c.), non si verifica immediatamente ma è sospensivamente condizionato al compimento dell'alienazione gestoria del bene medesimo da parte del mandatario o commissionario“*. (Cass. 7 dicembre 1994, nr. 10522, GC, 1995, I, 2165).

Nella motivazione i giudici giungono al osservando che se fosse sempre necessario, quanto meno nel mandato a vendere beni immobili o mobili registrati, un previo negozio formale di trasferimento dal mandante al mandatario per legittimare la successiva alienazione formale del bene da parte di quest'ultimo, il contratto di commissione e l'istituto del mandato a vendere perderebbero gran parte della loro funzione ed utilità. L'incondizionato trasferimento del bene al mandatario potrebbe, inoltre, esser causa di inconvenienti ed abusi da parte del medesimo. Si deve allora ritenere che nel mandato ad alienare sia ravvisabile un contratto nel quale l'effetto traslativo reale del bene, derivante dal consenso manifestato dalle parti (art. 1376 cod. civ.), non si verifica immediatamente ma è sospensivamente condizionato al compimento dell'alienazione gestoria del bene medesimo da parte del mandatario.

È opportuno tuttavia avvertire che anche i sostenitori di soluzioni diverse sono sostanzialmente concordi nel riconoscere al commissionario, pur se con differenti motivazioni, il potere di trasferire validamente il bene al terzo in nome proprio e per conto del committente, senza necessità di disvelare l'esistenza del mandato.

Altro problema che merita di essere evidenziato è il conflitto che

oppone il mandatario, incaricato di alienare il bene del mandante, ai proprio creditori *“Poiché il valore programmatico del mandato è nel senso che l'acquisto del mandatario, proprio in quanto strumentale, non dà luogo ad un incremento economico del patrimonio dello stesso, è da ritenere che i creditori del mandatario non possano disattendere il valore del mandato e pretendere di avvantaggiarsi, in contrasto con quanto potrebbe fare lo stesso mandatario, del bene a costui alienato dal mandante. Perciò, in linea di massima, i creditori del mandatario non possono aggredire esecutivamente il bene stesso, nè l'eventuale fallimento del mandatario potrebbe acquisire il bene all'attivo fallimentare”*. (Luminoso 1985, 107).

9) Rapporti tra mandante e creditori del mandatario senza rappresentanza

L'art. 1707 c.c. disciplina i rapporti tra mandante e creditori del mandatario senza rappresentanza limitatamente al mandato ad acquistare, prevedendo la prevalenza del mandante sui creditori del mandatario, rispetto agli acquisti di beni mobili o di crediti, a condizione che il mandato risulti da atto scritto avente data certa (art. 2704 c.c.) anteriore al pignoramento, e, riguardo ai beni immobili o ai beni mobili registrati, a condizione che il negozio di ritrasferimento ex art. 1706, II comma, c.c. o la domanda giudiziale diretta all'esecuzione forzata ai sensi dell'art. 2932 c.c. siano trascritti anteriormente al pignoramento.

L'art. 79 l.f. stabilisce inoltre che, nonostante il fallimento del mandatario, il mandante conserva integri i diritti e le azioni riconosciutigli dall'art. 1706 c.c.

Le norme in oggetto mostrano che la legge sottrae all'aggressione dei creditori del mandatario i beni ed i diritti destinati ad essere acquisiti dal mandante, ponendo, ovviamente, sia per evitare frodi o collusioni ai danni dei creditori sia per esigenze di certezza, talune speciali regole dirette a fissare le condizioni di carattere "formale" da soddisfare perché ai creditori sia opponibile la destinazione finale al mandante dei beni in questione.

I criteri previsti dalla legge per la soluzione del conflitto tra mandante e creditori del mandatario sono diversi, infatti dipendono dalla categoria dei diritti acquistati dal mandatario, inoltre il regime giuridico è diversamente articolato se il conflitto emerge nell'ambito di un processo esecutivo ordinario (in cui il mandatario sia il debitore esecutato) oppure in una procedura fallimentare (in seguito al fallimento del mandatario).

9.1) Esecuzione ordinaria

La prima situazione di conflitto si configura in ipotesi di esecuzione ordinaria intrapresa dai creditori del mandatario ed avente ad oggetto beni mobili non registrati o crediti acquistati dal mandatario medesimo nell'ambito del rapporto gestorio, in esecuzione di un mandato senza rappresentanza.

Tale conflitto si pone fino a quando i beni rimangono nella sfera patrimoniale del mandatario, non più quando il mandatario li abbia trasferiti al mandante, infatti: *"Per vero, l'art. 1707 c.c., nel disciplinare i diritti dei creditori del mandatario rispetto ai beni mobili ed ai crediti non ha fatto riferimento (come per i beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri) all'esecuzione del mandato, al trasferimento cioè del bene acquistato per conto altrui, e per l'opponibilità del mandato ha richiesto soltanto l'esistenza di una scrittura privata avente data certa anteriore al pignoramento da cui risulti il mandato stesso. Ciò non toglie però che, indipendentemente da tale documentazione, cessi il diritto dei creditori del mandatario di perseguire i beni mobili e i crediti da quest'ultimo acquistati, se anteriormente al pignoramento sia intervenuta l'esecuzione del mandato col trasferimento del dominio, dopo il quale subentrano le limitazioni di ordine generale circa l'opponibilità di tale atto ai terzi creditori"*. (Cass. 15 aprile 1959, nr. 1107, GC, 1959, I, 1259).

Nell'ipotesi in cui il mandato senza rappresentanza abbia ad oggetto l'acquisto di beni immobili o di beni iscritti in pubblici registri, qualora i creditori del mandatario abbiano agito con una esecuzione ordinaria contro costui, il mandante può fare salvo l'acquisto di detti beni, effettuato per suo conto dal mandatario, se abbia data anteriore al pignoramento una delle seguenti trascrizioni: la trascrizione dell'atto di ritrasferimento dal mandatario al mandante, ovvero, in caso di inadempimento del mandatario, la trascrizione della domanda giudiziale diretta a conseguirlo e ciò in applicazione del disposto che discende dagli artt. 2932, 2643 nr. 1 e 2652 nr. 2 c.c.

9.2) Fallimento del mandatario

Come avviene per la gran parte dei contratti in corso di svolgimento al momento della dichiarazione di fallimento di uno dei contraenti, anche per il mandato in nome proprio la legge risolve due distinti ordini di problemi: uno concerne l'opponibilità al fallimento di tutte o parte delle vicende effettuali scaturenti dal contratto considerato (art. 45 l.f.) l'altro attiene all'influenza del fallimento sulle vicende del

corrispondente rapporto negoziale in coso (art. 72 ss. l.f.). Lo stesso deve dirsi per il mandato, nel quale, per un verso si pone il problema di opponibilità alla massa del vincolo ex mandato di destinazione al mandante dei diritti reali o di credito trasferiti o costituiti mediante negozio gestorio, e per altro verso, una questione di sorte del rapporto di mandato ancora pendente nel fallimento del mandatario. Il profilo dell'opponibilità al fallimento del vincolo anzidetto derivante dal mandato è regolato, come sempre, dall'art. 45 l.f. e anche dall'art. 1707 c.c. cui il primo implicitamente rinvia, conseguentemente valgono le osservazioni svolte con riferimento all'applicazione dell'art. 1707 nell'esecuzione singolare, gli aspetti relativi alle vicende del rapporto di mandato in corso di svolgimento al momento della dichiarazione di fallimento del mandatario devono ritenersi invece disciplinati dagli artt. 78 e 79, ultimo comma, l.f. In base a queste due ultime norme, se è vero che il mandato senza rappresentanza si scioglie per il fallimento di una delle parti, è anche vero che qualora il mandatario abbia già concluso l'affare il fallimento è ininfluenza (rispetto allo stesso) sul rapporto di mandato, nel senso che i risultati favorevoli e sfavorevoli derivanti dall'affare concluso dovranno comunque essere riversati al mandante. In tale ultima ipotesi pertanto, e sempreché il diritto all'acquisto (o l'avvenuto acquisto) spettante al mandante in base al mandato risulti opponibile (ex artt. 45 l.f, 1707 o 2914 c.c.) al fallimento del mandatario, il mandante potrà sostituirsi al mandatario nei crediti (ex art. 1705 c.c.) verso il terzo debitore, agire in rivendica mobiliare ai sensi del primo comma dell'art. 1706 c.c. o proseguire il giudizio promosso contro il mandatario ai sensi dell'art. 2932 c.c. e più in generale potrà far valere nei confronti del fallimento tutti gli ordinari diritti ed azioni fondati sul rapporto di mandato che, almeno rispetto all'affare concluso, proseguirà normalmente nei confronti dell'amministrazione fallimentare.

In caso di fallimento del mandatario, il mandante ha interesse a recuperare le cose che siano state acquistate dal mandatario in nome proprio in esecuzione del suo incarico e che siano rimaste in suo possesso. La situazione di conflitto, in questo caso, deve essere risolta in base alle norme sulle procedure concorsuali.

In riferimento al problema degli acquisti di beni mobili possiamo segnalare la seguente opinione: *"Ora per quando concerne gli acquisti compiuti dal mandatario prima del fallimento, troverà applicazione la disciplina prevista dall'art. 1707 c.c., così per sottrarre i beni mobili di cui il mandante è già proprietario, sarà necessario e sufficiente che il mandante dia prova che il mandato è stato concluso per iscritto con atto avente data certa anteriore al pignoramento e per gli immobili che la trascrizione dell'atto di ritrasferimento è anteriore al pignoramento, oppure che la trascrizione della domanda giudiziale diretta al trasferimento della*

proprietà immobiliare è anteriore al pignoramento. Regole identiche si applicano quando si tratta di fallimento del mandatario, in quanto la legge fallimentare fa espresso riferimento all'art. 1706 c.c. e la dottrina è concorde nel ritenere che analogo rinvio valga per l'art. 1707 c.c. In breve, rispettate le condizioni di cui sopra, i creditori del mandatario fallito non concorrono sui beni la cui titolarità è stata acquistata in modo opponibile al fallimento". (Carpino 2007, 179).

Questa opinione è ulteriormente condivisa, infatti: *"In caso di fallimento del mandatario, l'amministrazione fallimentare sarà tenuta a dare esecuzione tanto al negozio gestorio quanto al mandato ed il mandante potrà far valere i diritti indicati dagli artt. 1705, II comma, c.c. e 1706 e, più in generale conservare i diritti e gli obblighi derivanti dal mandato (art. 79, II comma, l.f.) sempreché il mandato risulti opponibile al fallimento (art. 1707 c.c. e art. 45 l.f.)". (Luminoso 2007, 172).*

10) Il fondamento giuridico dei criteri normativi di soluzione del conflitto fra mandante e creditori del mandatario

Il fondamento giuridico dei criteri normativi della soluzione del conflitto fra mandante e creditori del mandatario dipende dalle concezioni elaborate sull'applicazione degli artt. 1705, II comma, c.c. (acquisto dei crediti), 1706, I comma, c.c. (acquisto dei beni mobili) e 1706, II comma, c.c. (acquisto dei beni immobili e dei beni iscritti in pubblici registri).

Nello specifico l'orientamento dottrinale che sostiene la teoria di un acquisto immediato e diretto del diritto reale o del diritto di credito da parte del mandante ritiene che l'art. 1707 c.c. sia un'applicazione dell'art. 2914 c.c. (Carraro 1947, 11; Minervini 1957, 104), invece l'orientamento che sostiene la diversa prospettiva dell'acquisto non immediato di tali diritti da parte del mandante, ritiene che l'art. 1707 c.c. sia espressione della regola contenuta nell'art. 2915, I comma, c.c. (Tilocca 1969, 952).

Queste impostazioni sono state superate procedendo ad una diversa analisi dell'art. 1707 c.c., per cui il fondamento di questa disposizione viene così ricostruito: *"La ratio ispiratrice della previsione normativa in esame va ricollegata ad una tendenziale equiparazione, da parte della legge, della posizione dei creditori del mandatario a quella del loro debitore. Atteso il ruolo meramente strumentale dell'acquisto del mandatario, non diversamente da questo anche i suoi creditori non possono disattendere nei rapporti con il mandante il valore programmatico del mandato e pretendere di considerare l'acquisto del loro debitore come finale, come fonte, cioè di un incremento in*

sensu economico del suo patrimonio. La destinazione finale del bene al mandante, in altri termini, fa sì che il bene stesso, pur venendo acquistato, sul piano formale, dal mandatario, non entri a far parte della garanzia generica ex art. 2740 c.c. a disposizione dei suoi creditori". (Luminoso 1984, 281).

Così procedendo viene superato il riferimento all'art. 2914 c.c. o all'art. 2915 c.c., infatti le regole poste dall'art. 1707 c.c. non coincidano, considerate nel loro insieme, nè con quelle fissate nell'art. 2914 nè con quelle dell'art. 2915, I comma, c.c. A tal proposito basti dire che se ci si trovasse in presenza di un'applicazione dell'art. 2914 c.c., la disposizione in materia di mandato avrebbe dovuto prevedere, tra l'altro, ai fini dell'opponibilità dell'acquisto dei crediti da parte del mandante, la notificazione della cessione (ossia del mandato) in data anteriore al pignoramento, ed ai fini dell'opponibilità dell'acquisto dei beni mobili anche l'idoneità della trasmissione del possesso della cosa al mandante. Del pari se l'art. 1707 c.c. costituisse applicazione dell'art. 2915, I comma, c.c., esso avrebbe dovuto prevedere, ai fini dell'opponibilità del mandato ad acquistare beni immobili o beni mobili registrati, la preventiva trascrizione del mandato, quale atto da cui discenderebbe il vincolo di indisponibilità.

CAPITOLO V

LE OBBLIGAZIONI DEL MANDATARIO

1) Il sistema normativo delle obbligazioni delle parti nel contratto di mandato

Tra gli effetti inter partes nascenti dal mandato un posto di rilievo occupano gli effetti di natura obbligatoria, ovvero le obbligazioni a carico del mandante e del mandatario.

Nella disciplina codicistica, alle “Disposizioni generali” degli artt. 1703 – 1709 c.c., seguono due paragrafi le cui rubriche annunciano “Delle obbligazioni del mandatario” (artt. 1710 -1718 c.c.) e “Delle obbligazioni del mandante” (artt. 1719 – 1721 c.c.).

Il sistema degli artt. 1710 -1721 c.c. si limita in realtà a regolare solo alcuni aspetti specifici delle obbligazioni delle parti del mandato, ciò avviene nella prospettiva della specialità del tipo contrattuale, pertanto tali norme richiedono l'integrazione degli effetti (art. 1374 c.c.) con quanto previsto dalla disciplina generale sia sulle obbligazioni sia sul contratto.

La necessità del ricorso alla disciplina delle obbligazioni e del contratto è affermata innanzitutto nell'ottica dell'adempimento e in tale ambito, si avverte il particolare richiamo alle clausole generali della diligenza (art. 1710 e 1716 c.c.), della correttezza (art. 1715 c.c.) e della buona fede (art. 1735 c.c.).

Anche la dottrina ha evidenziato che: *“L'esecuzione del mandato rimane disciplinata dalle regole generali dettate dal codice civile in materia di adempimento (artt. 1176 ss.), talune delle quali ricevono in tal sede una specifica applicazione. Appaiono in particolare implicitamente richiamate (dall'art. 1710, I comma, c.c.) la norma di cui all'art. 1176 c.c., (dall'art. 1711, I comma, c.c.) la disposizione dell'art. 1181, e (dall'art. 1717 c.c.) le norme di cui agli artt. 1180 e 1228 c.c.”.* (Luminoso 2007, 136).

La rilevanza nell'attuazione del rapporto di mandato della disciplina generale dei contratti si coglie attraverso questa sintesi: *“Non vi è dubbio che un rilievo di primo piano debba attribuirsi, in materia di esecuzione del mandato, anche alla regola di correttezza e buona fede (in senso oggettivo) (artt. 1175 e 1375 c.c.). Prescindendo qui dalle incertezze dottrinarie in ordine alla individuazione del criterio distintivo tra diligenza e buona fede, certo è comunque che quest'ultima costituisce una regola di condotta, destinata anche al creditore, diretta a regolare il comportamento dei soggetti nei reciproci confronti, al fine di assicurare l'osservanza dei canoni di*

solidarietà e di lealtà nello svolgimento del rapporto obbligatorio. Buona fede e correttezza raggiungono una particolare intensità nel mandato, poiché esso si caratterizza per l'affidamento ad uno dei soggetti della cura di un affare appartenente all'altro soggetto". (Luminoso 2007, 137).

E' stato inoltre rilevato che: *"Il mandatario, in applicazione degli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c. potrà essere gravato da obblighi non espressamente previsti nel contratto, ma derivanti appunto, dall'applicazione della normativa di correttezza".* (Carpino 2007, 66).

Si tratta di un profilo che anche la giurisprudenza ha saputo cogliere, affermando il valore che assumono queste clausole generali per dirimere controversie su casi specifici: *"In tema di adempimento delle obbligazioni ed in ipotesi di esecuzione del mandato, sia il mandante che il mandatario devono comportarsi, nell'adempimento delle rispettive obbligazioni contrattuali, secondo le regole della correttezza".* (Cass. 13 ottobre 2003, nr. 15273, Dresp. 2004, 679).

L'occasione di rimarcare l'operatività delle clausole generali di correttezza e di buona fede, unitamente a quella di diligenza, è fornita dal particolare contenuto del mandato. Così nel mandato conferito ad un intermediario finanziario per l'acquisto di titoli è stato affermato che: *"L'ordine di borsa per l'acquisto di azioni nella forma del contratto a premio semplice, denominato dont (contratto che conferisce all'acquirente la facoltà di scegliere, entro un determinato termine di scadenza, fra il ritiro dei titoli acquistati, dietro pagamento del prezzo maggiorato del premio, o il recesso dall'acquisto di detti titoli con abbandono del premio), determina per chi lo riceve - quale che si ritenga essere la natura dell'ordine di borsa, e anche se si dubiti trattarsi di un vero e proprio mandato all'acquisto - un dovere di esecuzione connotato da obblighi di diligenza, la quale si riferisce anche all'esercizio della facoltà di scelta sopra richiamata, e di rispetto dei principi di correttezza e buona fede, che presidiano ogni tipo di esecuzione contrattuale e che, in ogni ipotesi di gestione di affari altrui, sono caratterizzati dalla diligenza richiesta in tema di mandato dagli art. 1710 ss. c.c.".* (Cass. 20 dicembre 2005, nr. 28260, MGC, 2005, 12).

Con riguardo infine ad un mandato avente ad oggetto la gestione di titoli azionari, i giudici hanno fatto ricorso alla disciplina dell'adempimento delle obbligazioni e dell'esecuzione del contratto in generale: *"In tema di mandato conferito a fine di gestione di titoli azionari, la diligenza del mandatario, al pari della buona fede e della correttezza nell'esecuzione della prestazione dovuta (art. 1710, 1175, 1375 c.c.), assume un contenuto particolarmente pregnante, trattandosi di contratto che conferisce ad una delle parti una posizione (peculiare e) preminente (essendole rimesso il potere di*

controllo dell'andamento del mercato azionario), così che il rischio connaturato alle operazioni finanziarie convenute "ab origine" ed in modo generico con il "dominus" va rettamente distribuito alla stregua delle suddette regole di integrazione del contratto applicate secondo canoni particolarmente rigorosi, non potendosi confondere l'aleatorietà delle operazioni di borsa con la "rovinosità" delle medesime e con il puro ed ingiustificato azzardo da parte dell'agente - mandatario, dovendo, in tal caso, al cospetto di eventuali, ingenti perdite subite dal mandante (ed ammesse dal mandatario stesso), ritenere l'agente tenuto alla prova di aver eseguito l'incarico con la dovuta diligenza, tenuto conto dei rischi naturali delle operazioni (e non evitabili nonostante un comportamento improntato alla dovuta prudenza ed avvedutezza)". (Cass. 15 gennaio 2000, nr. 426 D&G – Dir. e giust., 2000, 3, 62).

Altro aspetto problematico del sistema delle obbligazioni delle parti nel contratto di mandatario è rappresentato dallo squilibrio sul piano disciplinare fra la posizione del mandante e quella del mandatario: *“La fase attuativa del mandato coinvolge solo marginalmente il mandante, mentre pone in primo piano l'attività del mandatario. La ragione per la quale i profili esecutivi del mandato toccano in maniera preponderante le prestazioni a carico del mandatario si collega alla circostanza che il mandante a parte l'adempimento dell'eventuale obbligazione di compenso è tenuto soprattutto a cooperare all'esecuzione del contratto in suo favore”.* (Luminoso 2007, 133).

Inoltre occorre evidenziare la differenza tra la disciplina giuridica della posizione del mandante e quella del mandatario, infatti nella sfera giuridica del mandatario si ravvisano obbligazioni, mentre nella sfera del mandante oltre ad obbligazioni vi sono anche oneri di cooperazione.

La rilevanza pratica di questa distinzione emerge di fronte alla inattuazione del rapporto di mandato ed alla prospettazione dei diversi mezzi di tutela delle singole parti. Per quanto attiene la posizione del mandante, di fronte all'inadempimento, all'inesatto adempimento o al ritardo dell'altra parte, egli dispone di mezzi di tutela che discendono sia dalla disciplina delle obbligazioni o del contratto in generale, sia dalla disciplina speciale del contratto di mandato.

Il mandatario invece ha un duplice interesse, ovvero quello che il mandante adempia alle proprie obbligazioni e quello che il mandante cooperi nella realizzazione del proprio interesse creditorio, cioè renda possibile l'adempimento di tutte le sue obbligazioni (per esempio accettando il ritrasferimento dei risultati dell'attività gestoria).

Quindi il mandatario non solo dispone dei mezzi di tutela che l'ordinamento fornisce a fronte di un inadempimento, ma anche di

quelli previsti a fronte di un rifiuto di cooperazione del creditore, come si ha negli artt. 1206 e ss. c.c. o nell'art. 2932 c.c.

Occorre precisare che nell'ambito del mandato si possono distinguere obbligazioni essenziali, obbligazioni principali ed obbligazioni accessorie o secondarie.

Obbligazioni della prima specie sono quelle che nascono dai caratteri del tipo contrattuale e che quindi non possono mai mancare. Nell'ambito del rapporto di mandato siffatta natura può riconoscersi soltanto all'obbligazione del mandatario di compiere l'attività gestoria (art. 1703 c.c.), in difetto della quale non ci si potrebbe configurare un negozio di mandato.

Le obbligazioni principali sono quelle che pur potendo mancare, quando sono presenti esprimono aspetti centrali del tipo negoziale e si collegano perciò a risultati finali fondamentali nell'economia del profilo funzionale del tipo. Si pensi all'obbligazione del mandatario di rimettere al mandante quanto abbia conseguito dall'attività gestoria (art. 1713, I comma, c.c.) e alle obbligazioni del mandante di rimborsare o anticipare al mandatario i mezzi occorrenti per l'esecuzione del mandato, di tenerlo indenne da ogni conseguente perdita economica, e di corrispondere il compenso in caso di mandato a titolo oneroso (art 1719 e 1720 c.c.).

Le obbligazioni accessorie o secondarie, la cui fonte può essere legale o pattizia, sono quelle che rivestono un ruolo funzionalmente subordinato e strumentale rispetto agli effetti essenziali ed a quelli principali. Ne sono esempi le obbligazioni del mandatario di rendiconto, di comunicazione o informazione su eventi sopravvenuti, di custodia.

La rilevanza della distinzione emerge soprattutto in relazione alla derogabilità convenzionale delle norme che prevedono le singole obbligazioni, dato che l'eventuale esclusione pattizia di un'obbligazione essenziale altera sempre il tipo legale, l'eliminazione di obbligazioni principali in alcuni casi lascia inalterato il tipo ed in altri lo snatura, mentre nessuna influenza in tal senso ha un intervento modificativo sulla disciplina delle obbligazioni accessorie.

2) L'obbligo di compiere l'atto gestorio e la c.d. identificazione del negozio gestorio

Le obbligazioni del mandatario possono essere suddivise in due categorie anche cronologicamente distinte: quelle attinenti alla fase nella quale deve essere posta in essere l'attività gestoria, indefettibili sia nel mandato con rappresentanza sia nel mandato senza rappresentanza, e quelle attinenti alla fase successiva nella quale devono essere riversati al mandante i risultati di tale attività, la

presenza delle quali è essenziale nel mandato senza rappresentanza e, invece, possono mancare nel mandato con rappresentanza.

L'obbligazione essenziale del mandatario è certamente quella di svolgere l'attività necessaria per il compimento dell'atto gestorio e naturalmente il compimento dell'atto medesimo, come si evince dal disposto dell'art. 1703 c.c.

A tal proposito la dottrina si è chiesta quali siano gli indici da cui desumere il carattere gestorio dell'atto, infatti, nella premessa che il mandatario conserva piena libertà per la cura dei propri interessi, può accadere che egli ponga in essere una serie di atti e contratti in suo nome e per proprio conto. E' stato posto l'interrogativo se al fine di accertare l'adempimento dell'obbligazione fosse sufficiente verificare la mera conformità oggettiva tra l'atto posto in essere dal mandatario e l'atto descritto nel mandato, o se invece fosse necessario, in aggiunta alla congruità obbiettiva, accertare anche la sussistenza di un particolare atteggiamento psicologico da parte del mandatario al momento della conclusione dell'affare. La questione, comunemente nota come "*identificazione del negozio gestorio*", ha ragione di porsi solo in relazione al mandato senza rappresentanza, perché in quello con rappresentanza la stessa spendita del nome del mandante è idonea ad identificare con sicurezza come gestorio, ovvero come compiuto in esecuzione del mandato, l'atto di cui sia autore il mandatario. Nel mandato senza rappresentanza, invece, il problema si manifesta dalle particolarità che caratterizzano l'esecuzione dell'atto gestorio, infatti non vi sono note esteriori che denotino la sua direzione verso il mandante. Da qui sorge la difficoltà di determinare se un dato atto del mandatario (agente in nome proprio), oggettivamente congruente rispetto al mandato, debba essere considerato compiuto per conto del mandante oppure compiuto dal mandatario per proprio interesse.

La dottrina più risalente riteneva necessario, per individuare l'atto gestorio, l'*animus aliena negotia gerendi* (Luminoso 1984, 341), ma tale tesi è stata criticata ed ormai abbandonata, in quanto, di regola, perché un atto possa essere qualificato come adempimento, non è necessaria una particolare direzione dell'intento. Inoltre, tale elemento anche se fosse presente, sarebbe difficile da accertare. La dottrina si è quindi orientata sulla conformità oggettiva del comportamento del mandatario ed il contenuto dell'obbligo (Minervini 1957, 67). Questo è un elemento certamente necessario perché l'atto del mandatario possa essere qualificato come gestorio, ma non sembra essere sufficiente. Non si può infatti escludere che nonostante l'oggettiva conformità, il mandatario abbia concluso il contratto per suo conto. Alla dottrina più avveduta è parso necessario che alla conformità oggettiva si accompagni un altro elemento che viene individuato nella necessità che vi sia un riferimento alla prestazione gestoria. (Scalisi 1977, 1483). Certo può accadere, ed è indubbiamente l'ipotesi più

frequente, che nel contratto con il terzo non ci sia alcun riferimento al carattere gestorio della prestazione, ma tale mancanza non è di ostacolo a trovare altrimenti il riferimento suddetto. Si deve trattare di un comportamento dello stesso mandatario che oggettivamente ed inequivocabilmente valga ad imputare l'acquisto compiuto al rapporto di mandato. Può così accadere, ad esempio, che nell'imminenza del compimento dell'atto gestorio, il mandatario ne dia comunicazione al mandante, oppure che, trattandosi di mandato ad acquistare, il mandatario impieghi formalmente i mezzi che il mandante gli abbia fornito per adempiere all'obbligo di pagare il prezzo.

3) Diligenza nelle obbligazioni di fare e superamento della distinzione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato

La fase attuativa del mandato, mentre coinvolge marginalmente il mandante, pone in primo piano l'attività del mandatario. Concentrando, quindi, l'attenzione sull'esecuzione dell'incarico da parte del mandatario, occorre distinguere tra i profili esecutivi dell'obbligazione riconducibile all'attività gestoria e quelli relativi all'obbligo di trasferire al mandante i risultati conseguiti. Ne consegue che il profilo che occupa un posto centrale per la sua rilevanza nell'ambito dell'esecuzione dell'incarico è quello che investe l'obbligazione del mandatario prevista dall'art. 1703 c.c. ed avente ad oggetto il compimento dell'attività gestoria.

L'esecuzione del mandato rimane disciplinata dalle regole generali dettate dal codice civile in materia di adempimento (art. 1176 e ss. c.c.), talune delle quali ricevono in tale materia una specifica applicazione. Appaiono in particolare richiamate implicitamente dall'art. 1710, I comma, c.c. le disposizioni dell'art. 1181 c.c., e dall'art. 1717 c.c. le disposizioni di cui agli artt. 1228 e 1180 c.c.

Cominciando dal richiamo al criterio generale della "diligenza del buon padre di famiglia", contenuto nell'art. 1710, I comma, c.c., secondo cui, il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia, occorre rilevare che la dottrina è concorde nel ritenere che si tratti di un'applicazione del principio generale fissato dall'art. 1176 c.c.

Partendo dalla nozione di mandato di cui all'art. 1703 c.c., in base alla quale il mandatario assume obbligazione di compiere atti giuridici per conto del mandante, l'obbligazione essenziale e principale del mandatario consiste in una obbligazione di "fare", qualificazione questa che incide sulla definizione che assume la diligenza, infatti la dottrina ha messo in luce come la diligenza costituisca, con particolare evidenza nelle obbligazioni di fare, un criterio di determinazione del contenuto della prestazione, indicando essa la

misura dell'attenzione, della cura e dello sforzo psicologico, che il debitore deve adoperare per attuare la prestazione. Inoltre, quando la prestazione sia originariamente generica, essa vale a specificare il comportamento dovuto, determinandolo nella scelta dei mezzi non esplicitamente previsti per la realizzazione del risultato perseguito.

Sul punto questo indirizzo trova importanti contributi: *“La diligenza, infatti, prima d'essere eventualmente utilizzata come criterio di responsabilità, svolge la funzione di contribuire all'integrazione dello stesso contenuto della prestazione del mandatario”*; ed ancora: *“La diligenza si definisce e si specifica in linea generale nel giudizio di adeguatezza dell'impegno delle energie e dei mezzi utili per la realizzazione di un determinato fine”*. (Santagata 1998, 22).

Anche riferendosi al contratto di mandato, vale ricordare che la diligenza costituisce una regola dell'adempimento, ma non esaurisce l'esattezza della prestazione, infatti: *“La diligenza è condizione necessaria ma non sufficiente ai fini della liberazione del debitore, nel senso che la responsabilità è esclusa solo dall'impossibilità connotata dall'assenza di colpa, non invece dalla sola assenza di colpa. Sotto questo profilo la colpa contrattuale (nel senso di inadempimento imputabile) si contrappone non già alla semplice diligenza bensì alla sopravvenuta impossibilità di prestare, dipendente da causa non imputabile al debitore”*. (Bennati 1991, 28).

Tutti i principi sopra illustrati devono essere coordinati con l'istituto della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni (responsabilità contrattuale). Pertanto occorre coordinare la regola disposta dall'art. 1176 c.c. (e da norme come l'art. 1710 c.c. che ad essa si ispirano), con l'art. 1218 c.c. che pone quale limite della responsabilità del debitore quello dell'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile: *“Da questo punto di vista si attribuisce all'art. 1176 c.c., quale regola che integra l'art. 1218 c.c. sotto il profilo dell'imputazione al debitore dell'impossibilità sopravvenuta, la funzione di norma riguardante la responsabilità per inadempimento. Infatti la mancanza di diligenza non è di per sé fonte di responsabilità per inadempimento neppure in quelle obbligazioni di fare nelle quali il risultato giuridicamente dovuto al creditore coincide con la prestazione del debitore (obbligazioni c.d. di mezzi o di comportamento)”*. (Bennati 1991, 28).

Altro punto cruciale che attiene al tema della diligenza nelle obbligazioni di fare è costituito dalla tradizionale distinzione fra “obbligazioni di mezzi” e “obbligazioni di risultato”. Di fronte a questa classificazione è diffusa l'opinione che quella del mandatario sia una obbligazione di mezzi e non di risultato, come emerge anche dalla seguente sentenza: *“Come insegna la definizione tradizionale, nelle obbligazioni di mezzi la prestazione dovuta prescinde da un particolare esito positivo dell'attività del debitore, che adempie*

esattamente ove svolge l'attività richiesta nel modo dovuto. In tali obbligazioni è il comportamento del debitore ad essere in obbligazione, nel senso che la diligenza è tendenzialmente considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo, con l'ulteriore corollario che il risultato è caratterizzato dall'aleatorietà, perché dipende oltre che dal comportamento del debitore, da altri fattori esterni oggettivi o soggettivi. Nelle obbligazioni di risultato, invece, ciò che importa è il conseguimento del risultato stesso, essendo indifferente il mezzo utilizzato per raggiungerlo. La diligenza opera solo come parametro ovvero come criterio di controllo e di valutazione del comportamento del debitore: in altri termini, è il risultato cui mira il creditore, e non il comportamento, ad essere direttamente in obbligazione". (Cass. 28 luglio 2005, nr. 15781, Eur. E dir. Priv., 2006, 792 ss.).

Vi sono contributi dottrinali in cui è stato dubitato che quella del mandatario possa essere qualificata come un'obbligazione di mezzi. Di fronte al caso di un mandato oneroso ad acquistare in cui, nonostante la diligenza impiegata, il mandatario non abbia compiuto il negozio gestorio di compravendita per mancata collaborazione del terzo venditore, si ammette ugualmente il diritto del mandatario al compenso, fatto che fornisce occasione per contestare che: *"Questo, però non significa che l'obbligazione del mandatario possa essere qualificata come obbligazione di mezzi; ed infatti, quando il risultato è conseguibile, ma non conseguito per negligenza, il mandatario sarà considerato inadempiente"*. (Carpino 2007, 86).

Tuttavia, a prescindere dal superamento della distinzione, vi è chi osserva che questa non possa correttamente prospettarsi in materia di mandato: *"Va osservato che l'elasticità della prestazione tipica del mandatario sfugge ad un preciso inquadramento nell'ambito della dicotomia tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato"*. (Santagata 1998, 24).

3.1) Diligenza e buona fede nell'esecuzione del mandato e degli atti preparatori e strumentali

Approfondendo il criterio di diligenza che il mandatario deve seguire nell'adempimento dell'obbligazione contrattualmente assunta, si osserva che: *"In questa prospettiva, il criterio della diligenza riassume in sé quel complesso di cure e di cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto ed a tutte le circostanze di fatto che concorrono a determinarlo; pertanto va commisurata al tipo sociale del rapporto cui si vuole riferire"*. (Santagata 1998, 29).

Nel testo dell'art. 1710 c.c. sussiste il richiamo al criterio della diligenza del buon padre di famiglia, formula già espressa nell'art. 1716 c.c.

In merito la dottrina rileva che: *“Il primo comma dell'art. 1710 c.c. dispone che il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia; aggiungendo che in caso di gratuità del mandato la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore. La dottrina è concorde nel ritenere che si tratta di un'applicazione del principio generale fissato nell'art. 1176 c.c.; ma tale concorde riferimento non è, tuttavia, di particolare utilità in quanto la norma da ultimo richiamata è tuttavia oggetto di interpretazioni contrastanti”*. (Carpino 2007, 66).

Il contrasto attiene alla funzione tecnica che assume il criterio di diligenza nelle obbligazioni di fare e in particolare se questo costituisca criterio di determinazione del contenuto o criterio di valutazione del modo dell'esecuzione dell'obbligazione.

Si segnala anche la posizione di chi, dopo aver distinto tra prestazione e modo di esecuzione, ritiene che la diligenza attenga a questo secondo aspetto: *“Ed infatti, dovendosi distinguere tra prestazione e modo di esecuzione, la diligenza attiene a questo secondo aspetto, mentre la funzione di determinare il contenuto della prestazione deve essere attribuita alla normativa della correttezza, coordinata, quando l'obbligazione abbia fonte contrattuale, con gli artt. 1366 e 1375 c.c.”*. (Carpino 2007, 66).

In realtà la formula dell'art. 1710, I comma, c.c. non si rivela un semplice richiamo testuale all'art. 1176 c.c., ma assume un valore tecnico più intenso. Riproponendo il criterio del buon padre di famiglia, il legislatore ha inteso superare l'idea della media e della normalità, infatti: *“Il criterio della normalità non deve far ritenere che tale diligenza debba essere media o addirittura mediocre; la diligenza del buon padre di famiglia deve corrispondere alla somma degli sforzi che il mandante legittimamente si attende dal mandatario nell'adempimento del mandato. Diligenza quindi buona, esplicita in misura notevole, pur senza rivestire carattere di eccezionalità o raggiungere il limite della possibilità: certo diligenza superiore alla mediocre o media diligenza”*. (Dominedò 1964, 125).

Questi concetti sono espressi anche in altri contributi dottrinali, ovvero: *“Allorquando si delinea il metro della diligenza necessaria per la tutela e la realizzazione dell'interesse altrui, ci si avvede che tale attività necessita di una speciale sollecitudine che deve guidare l'obbligato nell'esercizio dell'attività gestoria. Dunque, l'attenzione di chi ha il compito di tutelare l'interesse altrui non può mantenersi ad un livello medio allorché le esigenze della vita di relazione richiedono una diligenza in misura notevole ovvero sia buona”*. (Santagata 1998, 28).

Circa i criteri di valutazione della diligenza del mandatario nell'esecuzione del mandato la Cassazione ha elaborato la seguente massima: *“In tema di mandato, grava sul mandatario l'obbligo di compiere gli atti giuridici previsti dal contratto con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1710 c.c.), con quella diligenza, cioè, che è lecito attendersi da qualunque soggetto di media avvedutezza e accortezza, memore dei propri impegni, cosciente delle relative responsabilità. E' sulla scorta di tale criterio, di generale applicazione in tema di adempimento delle obbligazioni (art. 1176 c.c.), che deve valutarsi la condotta del mandatario, onde stabilire se egli sia venuto meno alle sue obbligazioni nei confronti del mandante, sicché, se a giustificazione dell'eventuale inadempimento venga addotto (come nella specie) il fatto del terzo, per liberarlo da responsabilità è necessario che tale fatto sia del tutto estraneo ad ogni suo obbligo di ordinaria diligenza, nel senso che egli non abbia ommesso di sperimentare quei rimedi che, nel caso concreto, e nei limiti segnati dal criterio della diligenza del buon padre di famiglia, avrebbero dovuto apparirgli necessari o utili per rimuovere l'ostacolo all'esecuzione dell'obbligo assunto "ex contractu". (Cass. 23 dicembre 2003, nr. 19778, MGC, 2003, 129).*

La conclusione a cui perviene la Corte si basa sulla motivazione secondo cui in tema di mandato, al mandatario fa carico l'obbligazione di compiere l'atto o gli atti giuridici previsti dal contratto di mandato, con la diligenza del buon padre di famiglia, ovvero con quella diligenza che è legittimo attendersi da qualunque soggetto di media avvedutezza ed accortezza, memore dei propri impegni e cosciente delle relative responsabilità. È sulla scorta di questo criterio, di generale applicazione in tema di adempimento delle obbligazioni, che deve valutarsi la condotta del mandatario per stabilire se lo stesso sia venuto meno alle sue obbligazioni nei confronti del mandante. Pertanto, se a giustificazione dell'inadempimento venga addetto il fatto del terzo, liberare il mandatario da responsabilità è necessario che tale fatto sia del tutto estraneo ad ogni suo obbligo di ordinaria diligenza, nel senso che il debitore non abbia ommesso di sperimentare quei rimedi che nel caso concreto, nei limiti segnati dal criterio della diligenza del buon padre di famiglia, avrebbero dovuto apparirgli necessari o utili per rimuovere l'ostacolo all'esecuzione del mandato.

Altro precedente analogo si ritrova nella seguente massima: *“A norma dell'art. 1710 c.c., al mandatario fa carico l'obbligazione di compiere quell'atto o quegli atti giuridici che dal contratto di mandato sono previsti con la diligenza del buon padre di famiglia, cioè con quella diligenza che è legittimo attendersi da qualunque soggetto di media avvedutezza ed accortezza. Pertanto, ove a giustificazione dell'inadempimento del mandato sia addotto il*

"factum principis", a liberare il mandatario da responsabilità è necessario che l'ordine o il divieto dell'autorità costituisca un fatto totalmente estraneo alla volontà dell'obbligato e ad ogni suo obbligo di ordinaria diligenza, nel senso che il mandatario non abbia ommesso di sperimentare quei rimedi (amministrativi e/o giurisdizionali) che, nel caso concreto, nei limiti segnati dal criterio della diligenza del buon padre di famiglia, avrebbero dovuto apparirgli necessari o utili per rimuovere l'ostacolo all'esecuzione del mandato". (Cass. 9 agosto 1990, nr. 8099, MGC, 1990, 8).

Ancora si veda il caso in cui una banca, ricevuta la revoca del mandato a riscuotere la vincita al lotto, non ha avvertito il cliente della prossima scadenza del termine per pretendere la riscossione della somma. Nel ravvisare la responsabilità della banca in violazione dell'art. 1710 c.c., la Cassazione ha stabilito che, nell'esecuzione degli incarichi da essa accettati, l'istituto di credito assume gli obblighi del mandatario e, per pervenire a questa conclusione, ha coordinato il criterio della diligenza richiamato dall'art. 1710 c.c. con il criterio della buona fede: *"Per il combinato disposto degli art. 1708 e 1710 c.c., il mandatario è tenuto ad osservare la diligenza del buon padre di famiglia anche in relazione agli atti preparatori e strumentali all'esecuzione del mandato, fra i quali - ove sia conferito l'incarico di gestire affare per il cui compimento è richiesta l'esplicazione di un'attività vincolata da norme giuridiche (nella specie la riscossione, da parte di una banca, di una vincita al lotto ottenuta da un suo cliente) - rientra la tempestiva informazione al mandante della procedura da seguire, nonché delle altre circostanze risultanti da particolari norme, quali la scadenza di termini di prescrizione, che possano impedire l'ulteriore svolgimento dell'affare. Con la conseguenza che l'inadempimento a siffatto obbligo di informativa non esclude la responsabilità del mandatario, anche se, in prossimità della scadenza del suddetto termine prescrizione, il mandato sia stato revocato, risultando comunque violato il principio di correttezza di cui all'art. 1375 c.c., oltre che quel dovere che andava adempiuto prima della revoca". (Cass. 30 gennaio 1982, nr. 588, BBTC, 1983, II, 311).*

Il dovere di diligenza del buon padre di famiglia viene considerato anche con riferimento ai c.d. atti preparatori e strumentali all'esecuzione del mandato, come risulta dalla seguente massima: *"Il ricorrente si duole del mancato riconoscimento da parte della Corte di merito, di estremi di responsabilità contrattuale, a titolo di mandato, della banca mandataria, per inadempimento delle obbligazioni alla stessa facenti carico nei confronti del mandante. Assume, in particolare, che l'adempimento del mandato esige e ricomprende non solo gli atti per i quali è stato conferito ma anche gli atti preparatori e strumentali e gli atti ulteriori che sono necessari*

perché di quelli costituiscono l'ulteriore naturale complemento; ricorda, con la giurisprudenza, che al mandatario incombe, tra l'altro, il dovere di informare tempestivamente il mandante anche della eventuale mancanza o inidoneità dei documenti occorrenti; indica, quale parametro di valutazione del comportamento della banca mandataria, quello della diligenza particolarmente qualificata di cui al secondo comma dell'art. 1176 c.c.”. (Cass. 25 febbraio 2000, nr. 2149, Juris Data).

Non vi è dubbio che un rilievo di primo piano debba essere attribuito, in materia di esecuzione del mandato, anche alla regola di correttezza e buona fede in senso oggettivo ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c.

La buona fede costituisce una regola di condotta, destinata anche al creditore, diretta a regolare il comportamento dei soggetti legati dal vincolo obbligatorio, al fine di assicurare l'osservanza dei canoni di solidarietà e di lealtà nello svolgimento del rapporto.

L'obbligo di correttezza acquista un peso particolare nella fase attuativa del mandato, essendo caratterizzato il suo contenuto dall'affidamento, da parte di uno dei soggetti nei confronti dell'altro, al fine della cura di un proprio affare. Ciò comporta non soltanto un dovere per il gestore di particolare cautela, oculatezza e avvedutezza, ma anche un obbligo di salvaguardia dell'utilità del gerito intenso e costante in ragione dell'ingerenza dallo stesso consentita nella gestione dei propri affari.

Si è rilevato altresì che sia il mandante che il mandatario debbono comportarsi, nell'adempimento delle rispettive obbligazioni contrattuali, usando le regole della correttezza: *“Ne consegue che non può affermarsi la responsabilità del mandatario senza in alcun modo porre la condotta da questi tenuta in relazione al comportamento del mandante il quale, ai sensi dell'art. 1719 c.c., salvo patto contrario, è tenuto a somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato e per l'adempimento delle obbligazioni che a tal fine il mandatario ha contratto in proprio nome”.* (Cass. 13 ottobre 2003, nr. 15273, Dresp. 2004, 679).

4) Esattezza ed inesattezza dell'esecuzione della prestazione del mandatario

La genericità dell'obbligazione del mandatario è inversamente proporzionale all'esistenza di istruzioni, originarie o successive, del mandante intese a specificare il contenuto dell'obbligo di prestare del gestore.

Nelle ipotesi in cui gli elementi dell'atto gestorio risultino indicati dettagliatamente nel mandato (c.d. specifico o rigido) lo svolgimento dell'attività esecutiva richiederà un minor sforzo da parte del

mandatario, dovendo questi indirizzare la propria condotta secondo modalità già definite, cosicché salvo il sopravvenire di circostanze nuove, al mandatario non resterà che attenersi, di massima, alle dichiarazioni determinative del mandante. Mano a mano che la predeterminazione degli elementi del negozio gestorio si fa meno ricca e puntuale, maggiore è il margine di discrezionalità lasciato al mandatario e quindi l'ambito di espansività del criterio della diligenza cui il medesimo deve uniformarsi nell'esercizio delle sue scelte.

All'estremo opposto, ovvero in presenza di un mandato c.d. generico, può accadere che il mandatario si trovi a dover operare senza avere ricevuto dal mandante, in relazione a tutti o alcuni elementi dell'atto gestorio, istruzioni specifiche. In relazione a queste ultime fattispecie occorre distinguere a seconda che si siano o meno verificate circostanze nuove capaci di influire sullo svolgimento del rapporto. Nel primo caso il mandatario dovrà richiedere istruzioni al mandante (art. 1710, II comma, c.c.) e, non essendovi il tempo, avrà l'obbligo, in base al suo prudente apprezzamento, di astenersi dall'agire oppure di compiere l'atto discostandosi da eventuali istruzioni originariamente ricevute (art. 1711 c.c.), in modo tale da realizzare l'interesse perseguito dal mandante con quel concreto mandato. Nelle altre ipotesi, fermo restando che in caso di incertezza su come operare il gestore ha comunque l'obbligo, in forza del dovere di diligenza, di domandare istruzioni al mandante, egli sarà tenuto ad attuare l'interesse obiettivo del mandante emergente dal mandato, interesse che il mandatario dovrà ricostruire secondo i canoni di diligenza e buona fede.

Occorre affrontare le problematiche che attengono alla natura dell'inadempimento delle obbligazioni del mandatario, e ciò al fine di identificare i rimedi destinati a tutelare la posizione giuridica del mandante.

Secondo consolidato orientamento l'espressione "inadempimento" ricopre fenomeni diversi quali l'inadempimento totale, l'adempimento inesatto, il ritardo, distinzione questa che viene riproposta in materia di mandato (Carnevali 1990, 8; Carpino 2007, 86; Luminoso 2007, 83). Viene osservato infatti che: *"Interessano qui, evidentemente, non soltanto i fatti che diano luogo ad una inattuazione totale e definitiva del rapporto, ma anche quelli che determinano una inesatta attuazione. Si tratterà il più delle volte di inadempimenti o di inesatti adempimenti di singole obbligazioni scaturenti dal contratto di mandato, senza che si possa tuttavia escludere la configurabilità di violazioni della lex contractus di natura differente, noto essendo che non tutte le possibili ineselezioni del contratto si traducono nell'inadempimento di obbligazioni"*. (Luminoso 2007, 183).

Secondo i principi generali (artt. 1181 e 1218) perché si abbia esatto adempimento dell'obbligazione ex art. 1703 c.c. il mandatario deve

eseguire la prestazione con puntualità e precisione in perfetta corrispondenza al suo contenuto astratto.

In quest'ottica il primo comma dell'art. 1711 c.c. stabilisce infatti che il mandatario non può eccedere i limiti fissati nel mandato e che in caso diverso l'atto esorbitante resta a suo carico, sempreché il mandante non lo ratifichi. In questa sede è sufficiente rilevare che come il compimento di un atto difforme dall'oggetto dell'incarico costituisca un inesatto adempimento che viene dalla legge equiparato (art. 1711, I comma, c.c.) ad un inadempimento totale (art. 1181 c.c.), con gli ordinari effetti sfavorevoli per il mandatario non adempiente.

Non è tuttavia da credere che l'unico profilo sotto il quale possa essere valutata l'esattezza dell'esecuzione della prestazione del mandatario sia quello della conformità o meno dell'atto gestorio al mandato. Data la complessità e l'articolazione del contegno dovuto dal mandatario, sono configurabili in vero ipotesi di inesatto adempimento da parte di lui pur in presenza di atti gestori del tutto rispondenti, in sé considerati, alle istruzioni impartite dal mandante. Ciò si verifica, in particolare, quando il gestore, pur avendo posto in essere un atto il cui contenuto corrisponde perfettamente all'oggetto del mandato, sia comunque venuto meno, sotto altri profili, all'obbligo di diligenza o all'obbligo di buona fede nello svolgimento dell'attività gestoria o sia incorso in violazione di un'obbligazione accessoria, cagionando un pregiudizio al mandante (c.d. abuso di mandato). Si pensi al caso in cui il mandatario, pur concludendo un affare nei precisi termini stabiliti nel mandato, abbia però provocato al mandante un onere di spese accessorie che avrebbe potuto evitare con l'uso di maggiore oculatezza o abbia procurato al mandante, per propria leggerezza o imperizia, danni diretti al suo patrimonio.

Due ipotesi specifiche di inesatto adempimento del mandatario che non necessariamente presuppongono un eccesso di mandato, connesse alla trasgressione da parte del gestore dell'obbligo di diligenza, sono previste dalla stessa norma dell'art. 1710, II comma, c.c. e dall'art. 1711, II comma, c.c. Qualora il mandatario non renda note al mandante, pur potendo, circostanze da questo ignorate che possono influire sull'attuazione dell'oggetto dell'incarico e ponga in essere l'atto gestorio conformemente alla descrizione contenuta nel mandato, ci si trova di fronte infatti ad un'inesatta attuazione della condotta debitoria nonostante la perfetta corrispondenza tra contratto gestorio e oggetto del mandato. L'art. 1711, II comma, c.c., per il caso in cui sopravvengono circostanze ignote al mandante le quali non possano essergli comunicate in tempo che facciano ragionevolmente ritenere che lo stesso avrebbe dato la sua approvazione, permette al mandatario di deviare l'oggetto del mandato. La dottrina ha chiarito che in tale eventualità il mandatario, in base ai generici obblighi di diligenza e buona fede, non soltanto può, come dispone la norma, ma

a seconda dei casi deve discostarsi dalle istruzioni ricevute od anche astenersi dall'attuazione dell'incarico, ove le concrete circostanze lo consiglino. Orbene, qualora il mandatario, in presenza delle condizioni richieste dalla norma, anziché deviare dal mandato o soprassedere dall'esecuzione dello stesso compia un atto conforme alle originarie previsioni del mandato, si avrà, ancora una volta, inesatto adempimento senza c.d. eccesso di mandato.

Alla stregua della nozione di mandato di cui all'art. 1703 c.c. possono essere individuate due categorie di “*fatti imputabili al mandatario*”, ovvero quelli che si riferiscono all'obbligazione avente ad oggetto il compimento dell'attività gestoria e quelli che attengono alle obbligazioni dirette ad attribuire al mandante (nel mandato in nome proprio) i risultati dell'atto gestorio.

Si possono così modulare distinte ipotesi di “inadempimento”, ovvero, con riferimento al compimento dell'attività gestoria si possono individuare casi di inadempimento totale in presenza di mancato compimento dell'atto o degli atti gestori, oppure in ipotesi di esecuzione dell'atto gestorio senza la volontà di compiere un'attività gestoria per conto altrui, senza cioè l'*animus aliena negotia gerendi*; oppure casi di adempimento inesatto come l'ipotesi di compimento di atti conformi a quanto previsto dall'incarico, ma con comportamento negligente del mandatario con conseguente pregiudizio economico per il mandante oppure l'ipotesi di compimento di un'attività gestoria in modo difforme da quanto previsto nel programma di mandato (c.d. eccesso di mandato). Invece nell'ambito delle obbligazioni finalizzate al ritrasferimento del risultato dell'attività gestoria si possono avere ipotesi di inadempimento totale o parziale dell'obbligazione di consegnare i beni acquistati per conto del mandante, inadempimento dell'obbligazione di rimettere al mandante interessi e frutti; inadempimenti dei negozi di “puro trasferimento” in favore del mandante e qualsiasi altro comportamento destinato a sviare gli effetti finali e gli effetti traslativi a favore del mandante.

La tutela dell'interesse creditorio del mandante di fronte all'inadempimento del mandatario è assicurata da rimedi che discendono dalla disciplina delle obbligazioni e del contratto in generale (rimedi generali) e da mezzi di tutela disposti dalla disciplina speciale del contratto di mandato (rimedi speciali).

I rimedi generali di difesa comprendono: l'azione di esatto adempimento, l'azione di responsabilità contrattuale con conseguente condanna al risarcimento dei danni (art. 1218 c.c.), la risoluzione per inadempimento giudiziale o di diritto secondo quanto previsto dagli artt. 1453 ss. c.c.; l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.), l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (art. 2932 c.c.); il recesso per giusta causa.

I rimedi speciali, disposti cioè dalla disciplina del mandato in

correlazione ad inadempimenti del mandatario sono: quello di non riferibilità al mandante degli atti compiuti dal mandatario in modo difforme da quanto prescritto dall'incarico, c.d. eccesso di mandato, come previsto dall'art. 1711, I comma, c.c.; quello della revoca del mandato per rimediare ad inadempimenti della parte incaricata del compimento dell'atto gestorio, secondo quanto previsto dagli artt. 1723 – 1726 c.c.; i rimedi disposti dall'art. 1727 c.c. in caso di rinuncia del mandatario al mandato senza preavviso.

5) La diligenza nell'adempimento del mandato gratuito

L'art. 1710, I comma, c.c., parte II, dispone che se il mandato è gratuito la responsabilità per colpa è valutata con minore rigore. In questo senso si apprezza un altro aspetto della distinzione fra mandato gratuito e mandato oneroso, infatti tale distinzione opera nel senso di attenuare la valutazione del comportamento del mandatario, qualora egli abbia assunto il mandato gratuitamente.

In ordine all'efficacia di questa norma occorre rilevare che il suo disposto opera se il mandatario non eccede i limiti del mandato, infatti autorevole dottrina rileva che: *“Il mandatario, quindi, è obbligato a rispondere di qualsiasi inadempienza a lui imputabile, anche se causata da colpa lieve; una tale responsabilità è però diversamente graduata, distinguendosi tra mandato oneroso e mandato gratuito: se il mandato è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minore rigore, quando non si versi nell'ipotesi di eccesso dei limiti del mandato”*. (Dominedò 1964, 125).

La disposizione in esame poi non incide sui criteri di quantificazione dei danni e sulla selezione dei danni risarcibili per i quali rimangono le norme generali: *“Un'altra notazione di carattere generale concerne la responsabilità del mandatario: l'art. 1710, I comma, c.c., uniformandosi ad un principio di carattere generale dispone che la gratuità del mandato comporta un minor rigore nella valutazione della responsabilità del mandatario. Ciò significa che la colpa del mandatario deve essere valutata sulla base di un criterio più elastico di quello dell'ordinaria diligenza; per altro, una volta accertata la responsabilità del mandatario sulla base di codesto criterio meno rigoroso, costui risponderà di tutti i danni sofferti dal mandante, secondo le regole generali (art. 1223 c.c.)”*. (Carnevali 1990, 8).

Questa posizione trova conferma in giurisprudenza, infatti: *“L'art. 1710 comma 1 c.c., nel prevedere per il mandato gratuito una valutazione della responsabilità per colpa del mandatario con minor rigore, è ispirato ad un riguardo verso la posizione del mandatario, cui non sarebbe equo fare carico di una colpa di entità trascurabile nell'esecuzione dell'incarico prestato per amichevole favore; ma non*

importa che, accertata la colpa del mandatario, in ordine all'adempimento del mandato, sia pure attraverso una valutazione di minor rigore, lo stesso non debba rispondere dell'intero danno sofferto dal mandante, che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, secondo il principio generale di cui all'art. 1223 c.c.". (Cass. 3 aprile 1980, 2200, MFI, 1980, 2200).

Resta da considerare se la previsione del legislatore comporti l'eventuale esclusione della colpa lieve. Dopo aver considerato le teorie formulate in materia, la risposta è negativa. Si osserva in merito che: *"La gratuità del mandato induce il legislatore a pretendere dal mandatario una misura, un grado di diligenza inferiore a quello richiesto dal mandatario a titolo oneroso, e cioè la diligenza del buon padre di famiglia. La conclusione sembrerebbe essere quella di escludere la responsabilità per colpa lieve; conclusione che non sembra condivisibile. Ed infatti, si è visto come il legislatore abbia usato formula diversa per giungere a tale conclusione; noi riteniamo che la diligenza richiesta non sia quella dell'uomo "buono", del buon padre di famiglia, ma quella dell'uomo medio, ma il criterio di diligenza sarebbe pur sempre quello di un modello astratto"*. (Carpino 2007, 87).

6) Mandato e diligenza inerente ad attività professionali

Alla stregua del modello normativo dell'art. 1176 c.c., anche nell'ambito del mandato, il criterio di diligenza conosce due parametri e precisamente il parametro della diligenza del buon padre di famiglia ed il parametro della diligenza inerente ad un'attività professionale. Il riferimento dell'art. 1710, I comma, c.c. alla diligenza del buon padre di famiglia non esclude il rilievo della diligenza inerente allo svolgimento di un'attività professionale: *"Se il mandato inerisce allo svolgimento di un'attività professionale, la diligenza nell'esecuzione delle obbligazioni contrattuali si fa più stringente rispetto al criterio ordinario, dovendosi avere riguardo alla natura dell'attività esercitata (art. 1176, II comma, c.c.)"*. (Graziadei 1994, 173).

Recuperando l'interpretazione dell'art. 1176, II comma, c.c., si deve ricordare che: *"Questo secondo comma, infatti, non contiene l'indicazione di un diverso modo di valutare la diligenza di cui al primo comma, ma nel momento in cui fa riferimento alla diligenza di chi esercita professionalmente un'attività, richiama inevitabilmente il parametro proprio di valutazione di tale attività, sul quale la bontà del risultato dovuta va misurata. La natura professionale di un'attività non è caratterizzata infatti in termini di maggiore cura o attenzione rispetto all'uomo medio, bensì per una serie di condizioni*

tecniche che il professionista deve possedere, e in contemplazione delle quali viene richiesto dell'opera sua". (Bennati 1991, 289).

Occasione in cui è stata affermata chiaramente la diligenza professionale del mandatario, è rappresentata da una serie di casi di responsabilità della banca relativamente al c.d. "Venerdì nero" della lira. Fra queste: *"L'acquisto di valuta estera per conto di un cliente costituisce un'operazione bancaria accessoria, di cui la banca risponde secondo le regole del mandato. La banca cui è dato mandato di acquistare valuta estera è tenuta a una diligenza professionale che non può essere quella dell'uomo medio, dovendo la stessa informarsi a una condotta particolarmente oculata, attenta e prudente". (Trib. Venezia 18 gennaio 1988, BBTC, 1988, II, 505).*

Richiama la diligenza inerente la natura dell'attività da svolgere, alludendo così alla diligenza professionale della banca, quest'altra decisione: *"La diligenza dovuta dalla banca nell'espletamento degli incarichi ad essa conferiti deve essere valutata in relazione all'urgenza dell'affare. Pertanto è inadempiente, e risponde della perdita dell'importo della vincita prescritta, la banca che, avendo accettato di riscuotere alcune bollette del lotto nelle prime ore della giornata lavorativa in cui scadeva il termine per esigerne l'ammontare, non ha eseguito il mandato nelle ore restanti prima della quotidiana chiusura dell'ufficio pagatore. Per il combinato disposto dei commi 1 e 4 dell'art. 1718 c.c. ad essa applicato analogicamente e rientrando nell'esercizio professionale dell'attività bancaria l'incarico di riscuotere le vincite al lotto, anche l'azienda di credito che non accetta detto incarico è obbligata a compiere gli atti urgenti necessari per tutelare i diritti del proponente mandante". (App. Palermo 31 dicembre 1979, BBTC, 1983, II, 312).*

6.1) Il mandato come archetipo delle operazioni bancarie e finanziarie: diligenza della banca e dell'intermediario finanziario

Il problema della diligenza nell'esecuzione del mandato acquista una particolare dimensione quando l'incarico è conferito per il compimento di atti giuridici nel settore bancario e finanziario. Nell'ambito del primo merita una particolare menzione il contratto di conto corrente (art. 1856 c.c.) in ordine al quale il legislatore ha disposto che "La banca risponde secondo le regole del mandato per l'esecuzione degli incarichi ricevuti dal correntista o da un altro cliente" (art. 1856, I comma, c.c.).

Il conto corrente costituisce il supporto tecnico per numerose operazioni bancarie. Ponendosi dal punto di vista dell'operazione economica si può infatti osservare che essa è caratterizzata dal mandato che la banca si assume, nei limiti della sua organizzazione,

invece venendo alla prospettiva della forma giuridica si osserva che alla base del conto corrente bancario vi è indubbiamente un mandato sia pure a contenuto indeterminato, perché la banca assumendo il servizio di cassa del cliente si obbliga al compimento degli atti e negozi giuridici richiesti dal correntista.

Il problema della diligenza professionale del mandatario si pone con riguardo anche alle operazioni finanziarie, le quali ricevono disciplina nelle norme speciali contenute soprattutto nel D. lgs. 24 febbraio 1998, nr. 58 (T.u.i.f.) e nel D. lgs. 1 settembre 1993, nr. 385 (T.u.b.). Anche se in questo contesto normativo il richiamo al modello del mandato non è esplicito, la matrice normativa di riferimento resta quella del mandato (Graziadei 1994, 157) e ciò nonostante qualche dissenso.

Il recupero di questi profili favorisce il giudizio sulle modalità di esecuzione delle obbligazioni di fare assunte dalla banca o dall'intermediario finanziario nei confronti del proprio cliente. Frequente quindi il ricorso da parte della giurisprudenza ai criteri regolamentari previsti dall'art. 1710, I comma, c.c.

I casi giurisprudenziali in materia attengono a diverse tipologie di operazioni economiche intrattenute con gli istituti di credito, tra cui, a titolo esemplificativo, la gestione di denaro. In merito la Cassazione ha affrontato la vicenda in cui i funzionari di un istituto di credito avevano sollecitato un cliente ad impiegare denaro in determinate operazioni finanziarie che, se valutate con un'opportuna diligenza professionale, avrebbero dovuto essere sconsigliate. La Corte ha così deciso: *“Anzitutto, avendo la corte di merito ritenuto in punto di fatto che la banca, per il tramite dei propri dipendenti, si era impegnata ad utilizzare in investimenti il denaro ricevuto in modo da corrispondere l'interesse stabilito del 24%, esattamente ha ritenuto che nella fattispecie si era concluso un contratto di gestione del denaro conferito (cfr. Cass. 16.3.1999, n. 2336). Inquadrata la questione nell'ambito del mandato, ne consegue che correttamente la corte di merito ha ritenuto la responsabilità della Cassa per non essersi attenuta alle istruzioni dei mandanti. Ne deriva (fermo restando che il comportamento posto in essere da un dipendente di un istituto di credito è a quest'ultimo riferibile se compiuto nell'esercizio delle incombenze a detto dipendente affidate nell'ambito dell'attività propria della banca) la responsabilità dell'odierna ricorrente, ai sensi dell'art. 1176 e 1710 c.c., come correttamente statuito dalla sentenza impugnata, per mancata diligenza nell'espletamento dell'incarico affidatogli. La responsabilità di un istituto di credito, infatti, deve essere rigorosamente valutata, in quanto connessa all'espletamento dell'attività bancaria in senso tipico, come "raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito" riservata a determinati enti, sottoposti ad un sistema particolare di*

autorizzazioni, vigilanza, controllo e trasparenza (si veda d.lgs n. 385/1993), con riferimento alla natura (ex art. 1176, c. 2, c.c.) di tali compiti e di ogni ulteriore comportamento in essi rientrante nell'ambito del rapporto ente - bancario cliente. Competeva, quindi, alla Cassa fornire la prova che da una parte essa aveva rispettato le istruzioni del mandante e dall'altra che essa aveva adempiuto agli oneri di informazione e di comunicazione inerenti a tutte le operazioni di gestione del risparmio, e segnatamente che essa aveva informato gli attori che l'investimento era in capitale di rischio“. (Cass. 17 maggio 2001, nr. 6756, NGCC, 2002, I, 365).

Si consideri, inoltre, il caso di omesso accertamento della veridicità di un ordine conferito a distanza. Il caso è quello di una banca che, avendo ricevuto un ordine per telex, peraltro falsificato, non ha compiuto gli opportuni accertamenti per verificarne l'autenticità e la provenienza dal cliente: *“La responsabilità della banca nei confronti del cliente, per aver eseguito un ordine di bonifico a mezzo telex, perfettamente falsificato, pervenuto alla banca tramite canali inusuali, non può essere esclusa con riguardo al riscontro della conformità della firma allo specimen, atteso che, in presenza di circostanze del caso concreto, che suggeriscano, secondo le regole di diligenza cui è tenuto il mandatario, ulteriori controlli, l'omissione di questi integra colpa ed è quindi ostativa alla configurabilità di una situazione di apparenza giustificativa di un esonero da detta responsabilità“.* (Cass. 20 febbraio 1988, nr. 1764, GC, 1988, I, 1498).

6.2) Diligenza del mandatario nell'acquisto di prodotti finanziari

Gli ordini impartiti ad operatori istituzionali per l'acquisto di azioni o di altri strumenti finanziari si configurano come mandato al compimento di queste operazioni. Di qui l'obbligo del soggetto incaricato di comportarsi con diligenza, correttezza e buona fede. Anche se, nel caso che andiamo esaminando, il ricorso contro la banca non è stato accolto, la sentenza merita considerazione per l'argomentazione giuridica, in essa contenuta: *“L'ordine di borsa per l'acquisto di azioni nella forma del contratto a premio semplice, denominato dont (contratto che conferisce all'acquirente la facoltà di scegliere, entro un determinato termine di scadenza, fra il ritiro dei titoli acquistati, dietro pagamento del prezzo maggiorato del premio, o il recesso dall'acquisto di detti titoli con abbandono del premio), determina per chi lo riceve - quale che si ritenga essere la natura dell'ordine di borsa, e anche se si dubiti trattarsi di un vero e proprio mandato all'acquisto - un dovere di esecuzione connotato da obblighi di diligenza, la quale si riferisce anche all'esercizio della facoltà di*

scelta sopra richiamata, e di rispetto dei principi di correttezza e buona fede, che presidiano ogni tipo di esecuzione contrattuale e che, in ogni ipotesi di gestione di affari altrui, sono caratterizzati dalla diligenza richiesta in tema di mandato dagli art. 1710 ss. c.c.; ne consegue che ai medesimi principi si ricollega anche l'obbligo, specificamente previsto dal comma 2 dell'art. 1711 c.c., di discostarsi dalle istruzioni ricevute (ancorché eventualmente queste siano rigide e specifiche) solo quando si profilino circostanze nuove, che non sia possibile comunicare al mandante in tempo utile, ma in presenza delle quali sia ragionevole presumere l'approvazione del medesimo mandante". (Cass. 20 dicembre 2005, nr. 28260, MGC, 2005, 12).

Nella motivazione si rileva innanzitutto la riconduzione dei contratti di borsa o di acquisto di strumenti finanziari all'alveo del mandato, infatti la Corte in proposito afferma che in dottrina e giurisprudenza sono state espresse opinioni diverse in ordine alla natura giuridica dell'ordine di borsa, ma anche chi volesse dubitare che, nell'impartire un siffatto ordine ad un istituto di credito, il cliente ponga in essere un vero e proprio mandato all'acquisto, ed in particolare una commissione, non potrebbe contestare che ne derivi per la banca un dovere di esecuzione connotato da obblighi di diligenza, e che la diligenza si riferisca anche all'esercizio della facoltà di scelta fra il ritiro dei titoli acquistati, dietro pagamento del prezzo maggiorato del premio, o il recesso dall'acquisto di detti titoli con abbandono del premio. Secondo la Corte è indubbio che il comportamento della banca debba, nell'eseguire l'ordine, essere rispettoso dei principi di correttezza e buona fede che presidiano ogni tipo di esecuzione contrattuale e che, in ogni ipotesi di gestione di affari altrui, sono caratterizzati dalla diligenza richiesta, in tema di mandato, dagli artt. 1710 e ss. c.c., pertanto può ben dirsi che ai medesimi principi si ricollegli anche l'obbligo, specificamente previsto dal secondo comma del successivo art. 1711, di discostarsi dalle istruzioni ricevute (ancorché eventualmente queste siano rigide e specifiche) quando si profilino circostanze nuove, che non sia possibile comunicare al mandante in tempo utile, ma in presenza delle quali sia ragionevole presumere l'approvazione del medesimo mandante. E' appunto a tali principi che si richiama il ricorrente per censurare l'impugnata sentenza e per sostenere che la banca, nel caso in esame, avrebbe dovuto agire in modo diverso da quanto fece, perché l'andamento dei prezzi di borsa e l'incapienza dei fondi esistenti sul conto corrente del cliente rendevano chiaro che, alla prevista scadenza, non era conveniente l'acquisto dei titoli cui l'ordine si riferiva e molto meglio sarebbe stato per il medesimo cliente abbandonare il premio senza doversi assoggettare anche all'onere di pagare un prezzo ormai divenuto eccessivo.

Per chiarezza occorre evidenziare il motivo per cui il ricorso contro la

banca è stato respinto, in merito la Corte evidenzia che sebbene la tesi, sia basata su principi astrattamente condivisibili, nel caso in esame è stato definitivamente accertato, in punto di fatto, che la scelta di ritirare alla scadenza i titoli acquistati fu compiuta sulla scorta di una disposizione telefonica in tal senso specificamente impartita dal cliente alla banca. E tanto basta ad escludere ogni possibilità per quest'ultima di non attenersi a tale disposizione, giacché il dovere del mandatario di discostarsi dalle istruzioni del mandante nell'esecuzione del mandato sorge solo nel caso in cui, delineatesi circostanze nuove e tali da modificare l'assetto degli interessi ragionevolmente considerato dalle parti fino a quel momento, non sia possibile informare subito lo stesso mandante in modo da consentirgli di mutare le proprie precedenti istruzioni.

Con riferimento alla responsabilità del mandatario per la gestione di titoli azionari, la giurisprudenza ha elaborato la seguente massima: *“In tema di mandato conferito a fine di gestione di titoli azionari, la diligenza del mandatario, al pari della buona fede e della correttezza nell'esecuzione della prestazione dovuta (art. 1710, 1175, 1375 c.c.), assume un contenuto particolarmente pregnante, trattandosi di contratto che conferisce ad una delle parti una posizione (peculiare e) preminente (essendole rimesso il potere di controllo dell'andamento del mercato azionario), così che il rischio connaturato alle operazioni finanziarie convenute "ab origine" ed in modo generico con il "dominus" va rettamente distribuito alla stregua delle suddette regole di integrazione del contratto applicate secondo canoni particolarmente rigorosi, non potendosi confondere l'aleatorietà delle operazioni di borsa con la "rovinosità" delle medesime e con il puro ed ingiustificato azzardo da parte dell'agente - mandatario, dovendo, in tal caso, al cospetto di eventuali, ingenti perdite subite dal mandante (ed ammesse dal mandatario stesso), ritenere l'agente tenuto alla prova di aver eseguito l'incarico con la dovuta diligenza, tenuto conto dei rischi naturali delle operazioni (e non evitabili nonostante un comportamento improntato alla dovuta prudenza ed avvedutezza)“.* (Cass. 15 gennaio 2000, nr. 426, D&G – Dir. E giust., 2000, 3, 62).

La motivazione oltre a considerare l'applicazione dell'art. 1710 c.c. quale espressione del criterio normativo disposto dall'art. 1176 c.c., riprende il riferimento agli artt. 1175 e 1375 c.c., affermando che l'art. 1375 c.c. stabilisce che il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, ovvero secondo lealtà e conformemente alle regole della correttezza richiamate dall'art. 1175 c.c. La violazione di tale obbligo genera una responsabilità contrattuale. Il mandatario a norma dell'art. 1710 c.c. doveva osservare la diligenza di cui all'art. 1176 c.c., quindi trattandosi di operazioni da compiere in base ad una scelta del mandatario, ma sempre nell'interesse del mandante, la diligenza

assumeva un contenuto più pregnante, al pari della buona fede e correttezza ex art. 1175 e 1375 c.c., indicando esse criteri di determinazione della attenzione, della cura e dello sforzo del debitore. La diligenza assolve al compito (tanto più esteso quanto più la prestazione è indicata all'origine genericamente, come nel caso di specie), di specificare il comportamento dovuto e di individuare gli atti da compiere per soddisfare l'interesse del creditore, quale limite della discrezionalità dell'incarico. L'obbligo di correttezza nel mandato ha un peso peculiare, perché il suo contenuto è l'affidamento della cura di un affare del mandante, per cui il gestore (che è scelto per le sue qualità professionali) ha un dovere di cautela, di oculatezza ed avvedutezza e di salvaguardia dell'utilità del gerito e di protezione della sua sfera patrimoniale. Non è sufficiente contrapporre l'aleatorietà e la rischiosità delle operazioni di borsa, sia perché ciò non si identifica con la "rovinosità" ed il puro azzardo, sia soprattutto perché tali caratteristiche non giustificano gli elevati costi incontrati nella gestione (la dottrina indica i costi troppo elevati come ipotesi di inesatta esecuzione del mandato).

In altro caso è stato deciso che: *“In tema di responsabilità contrattuale, l'accertamento, da parte del giudice di merito, della esistenza, inter partes, di un accordo contrattuale qualificabile come mandato, e non anche come "ordine di borsa" (negozio atipico caratterizzato, a differenza del primo, dall'esistenza di un incarico di tipo meramente speculativo dal carattere del tutto aleatorio), comporta l'applicabilità, alla fattispecie, della disciplina tutta del mandato, specie con riferimento al disposto di cui agli art. 1710 e 1711 c.c., e la conseguente predicabilità di una responsabilità dell'istituto di credito mandatario nei confronti del committente nel caso in cui un ordine di acquisto di valuta estera, risultando strettamente correlato ad una successiva operazione di accredito in conto corrente, abbia avuto esecuzione secondo un cambio anomalmente alto rispetto all'andamento del mercato valutario (senza attendere, invece, il ritorno delle quotazioni a valori normali), qualora, ancora, dall'incarico ricevuto non sia in alcun modo desumibile la volontà del mandante a che l'operazione fosse eseguita con urgenza. (Nella specie, la Corte di merito aveva ritenuto che l'incarico conferito da una società ad un istituto bancario di procedere all'acquisto di valuta estera non assurgesse ad elemento qualificante dell'accordo così da assumere valenza autonoma o prevalente rispetto al successivo obbligo di accredito della somma acquistata, ma si inserisse in una più complessa convenzione negoziale che, oltre all'acquisto della valuta estera, prevedeva, appunto, l'accredito della stessa sul conto del richiedente - operazione, a sua volta, strumentale all'assunzione di un appalto estero da parte della società -, così che l'intercorsa convenzione*

dovesse, per l'effetto, giuridicamente qualificarsi in termini di mandato e non di "ordine di borsa", con conseguente responsabilità del mandatario, a titolo di "inesatto adempimento", per i danni subiti dal committente. La S.C., nell'enunciare il principio di diritto di cui in massima, ha confermato la riferita pronuncia)". (Cass. 26 febbraio 1998, nr. 2079, GC, 1998, I, 929).

Con riferimento alla gestione del portafoglio titoli è stato deciso che: *"L'attività di gestione di un portafoglio titoli, svolta da una banca con ampia discrezionalità (quanto agli investimenti da eseguire), fa sorgere un'obbligazione di mezzi e non di risultato, con la conseguenza che il gestore incorre in responsabilità solo ove, nell'espletamento della propria attività, operi in maniera non corrispondente alla perizia ed alla diligenza da impiegarsi nello specifico ramo commerciale e non, pertanto, ove il risultato della gestione, ancorché positivo, non sia ritenuto adeguato dal cliente-mandante". (Trib. Roma 9 dicembre 1991, GC, 1992, I, 1355).*

7) Obbligo di informazione del mandatario

L'art. 1710, II comma, c.c. pone a carico del mandatario l'obbligazione di "rendere note al mandante le circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modificazione del mandato".

Il contenuto precettivo della norma non deve essere assunto in termini strettamente letterali, perché, proprio in quanto i risultati dell'operazione gestita dal mandatario devono essere riferiti al mandante, questo deve essere messo costantemente in condizione di valutare il rischio che lo riguarda e provvedere. Inoltre è stato evidenziato che: *"La disciplina della normativa della correttezza può andare oltre quanto espressamente previsto dal secondo comma dell'art. 1710 c.c.; il mandatario è tenuto a rendere noto al mandante circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modificazione del mandato. La situazione così descritta non è, in realtà, particolarmente onerosa per il mandatario, in quanto, al contrario, sarà valido strumento per escludere ogni sua responsabilità per inadempimento. Che poi l'obbligazione del mandatario concerna anche situazioni preesistenti alla conclusione del mandato, ma di cui il mandatario abbia conoscenza successivamente alla conclusione del mandato, è soluzione certamente esatta". (Carpino 2007, 67).*

Questo obbligo di informazione connesso al dovere di diligenza ha assunto particolare spessore nelle operazioni bancarie: *"Dato che il contratto implica il susseguirsi di una serie di atti e negozi, la banca è tenuta ad informare prontamente il correntista dell'esecuzione di*

essi, come in genere di tutti quegli atti esecutivi del mandato assunto, la cui notizia possa ragionevolmente ritenersi di rilievo per il correntista". (Molle 1978, 454).

In materia sono stati affrontati numerosi casi giurisprudenziali e di seguito ne vengono riproposti alcuni a mero titolo esemplificativo. Così, per quanto concerne la responsabilità per indicazione sul c.d. benefondi la Cassazione ha statuito che: *"La banca trattaria che su richiesta di altro istituto di credito abbia dato conferma dell'esistenza di una provvista sufficiente al pagamento di un assegno di conto corrente (c.d. benefondi), se ha il dovere di fornire indicazioni corrispondenti all'esatta situazione del conto del traente al momento della richiesta, non è responsabile circa la permanenza della provvista fino alla scadenza del titolo, salvo che tale impegno sia stato assunto mediante una specifica pattuizione"*. (Cass. 28 marzo 2002, nr. 4502, GC 2003, I, 491).

Un'altra pronuncia ha escluso l'obbligo della banca di informare il correntista della mancanza di copertura di un assegno da lui emesso: *"Nessuna norma impone alla banca trattaria di comunicare, al correntista, che abbia emesso un assegno privo di necessaria copertura, l'avvenuta presentazione di detto assegno per l'incasso"*. (Cass. 4 aprile 1998, nr. 3487, BBTC, 2000, II, 298).

Il problema si è presentato in altro caso in cui è stato deciso che: *"La banca trattaria cui un assegno sia girato per l'incasso risponde come mandataria nei confronti del girante. Se gli assegni girati per l'incasso risultano privi di copertura, costituisce inadempimento delle obbligazioni derivanti da tale mandato il comportamento della banca trattaria che trattenga sistematicamente gli assegni in attesa di tardive affluenze di provvista, senza informare della circostanza la banca girante ed omettendo, altresì, di provvedere alla levata del protesto e alla chiusura del conto del traente"*. (Cass. 13 gennaio 1993, nr.343, BBTC, 1994, II, 258).

Nello stesso senso altra pronuncia: *"La banca mandataria che esegua un incarico per conto del correntista, deve dare notizia all'interessato di tutti i fatti rilevanti ai fini dello svolgimento del rapporto, come espressione dei generali doveri di diligenza e di buona fede cui il gestore deve uniformarsi nell'esecuzione dell'incarico. L'obbligo di diligenza della banca mandataria che esegua per conto del correntista un ordine di bonifico non si esaurisce, nè può considerarsi assolto, con la semplice verifica di conformità della firma allo "specimen", ma impone altresì alla banca di effettuare tutti quei controlli che, in relazione alle circostanze di fatto ed al tipo di operazione di cui si tratta, appaiono a tal fine necessari"*. (Cass. 20 febbraio 1988, nr. 1764, BBTC, 1989, II, 440).

Il problema è stato affrontato frequentemente nella giurisprudenza di merito: *"Qualora sopravvengano circostanze suscettibili di*

determinare la revoca o la modifica del mandato all'acquisto di valuta estera (come un tasso di cambio palesemente ed eccezionalmente abnorme), la banca mandataria ha l'obbligo di comunicare tali circostanze al cliente ovvero, nel caso in cui una tempestiva comunicazione sia impossibile, di discostarsi dalle istruzioni ricevute dallo stesso mandante, effettuando ad esempio un'operazione di cosiddetto "arbitraggio". (App. Trento 15 maggio 2000, GI, 2001, 331).

E ancora: "Il mandatario ha l'obbligo d'informare tempestivamente il mandante di tutte le circostanze incidenti sull'esecuzione del contratto (nella specie, la banca incaricata dell'incasso di ricevute bancarie con scadenza dilazionata nel tempo, aveva omesso d'informare il mandante del mancato pagamento della prima ricevuta in scadenza e del successivo mancato pagamento di tutte le altre, non consentendo così a quest'ultimo d'interrompere l'esecuzione della fornitura a consegne ripartite in relazione alla quale le suddette ricevute erano state emesse)". (Trib. Napoli 14 febbraio 1997, Gius. 1997, 1402).

Nella stessa linea di pensiero si pone questa decisione: "La banca risponde secondo le regole del mandato per l'esecuzione di ogni incarico ricevuto dal correntista ed è, in particolare, soggetta all'obbligo di comunicare senza ritardo l'impossibilità di eseguirlo o l'esito infruttuoso di esso. Nel caso di "versamento sul conto" di un assegno da parte del cliente, la prestazione della banca mandataria per l'incasso non si esaurisce con l'invio del medesimo in plico raccomandato alla banca trattaria, ma ricomprende l'accertamento dell'avvenuta ricezione del titolo e dell'esito dell'operazione. Ne consegue che, laddove la banca abbia negligenzemente omesso tale riscontro, tardando oltremisura la comunicazione della circostanza dello smarrimento o della sottrazione dell'assegno negoziato per l'incasso, essa deve rispondere dei danni subiti dal correntista a causa della sopravvenuta irrecuperabilità del credito nei confronti del traente". (App. Venezia 22 novembre 1991, BBTC, 1993, II, 411).

Relativamente al dovere di informazione in ordine al mancato buon fine dell'assegno: "Va considerato negligente - e pertanto deve riconoscersi una responsabilità per danni - il comportamento della banca che non comunichi tempestivamente al cliente il mancato buon fine di un assegno accreditato in conto (nella specie, la banca aveva comunicato a tre anni di distanza il mancato recapito a mezzo raccomandata dell'assegno alla banca trattaria)". (Trib. Verona 20 marzo 1989, GM, 1990, 30).

Particolarmente importante è la giurisprudenza formatesi in occasione di smarrimento dell'assegno da parte della banca (mandataria) e conseguente obbligo di informazione del cliente (mandante): "Nel

caso di smarrimento di un assegno presentato all'incasso, l'intervallo di tempo relativamente lungo intercorso tra il versamento del titolo per la riscossione e la comunicazione di smarrimento, non può ascrivere a negligenza della banca nell'esecuzione del mandato ma esclusivamente ai tempi necessari al servizio postale. La banca, infatti, risponde per l'esecuzione degli incarichi ricevuti dal correntista secondo le regole del mandato, assolvendo al proprio incarico con diligenza e dandone tempestiva comunicazione al mandante, è, quindi, da escludere la responsabilità della banca per il danno da smarrimento". (App. Firenze 18 novembre 2004, Juris Data).

7.1) Obbligo di informazione e responsabilità della banca mandataria per il c.d. "Venerdì nero della lira"

Di particolare rilievo è la giurisprudenza che si è formata sulla responsabilità della banca, in qualità di mandataria, per acquisto di "valuta estera" quando il cambio si è rivelato palesemente abnorme. In merito alla fattispecie sono state emesse plurime sentenze a seguito dell'evento qualificato come il c.d. "Venerdì nero della lira": il 18 luglio 1985 alcuni operatori conferirono alle Banche, di cui erano clienti, l'incarico di acquistare dollari USA, valuta 19 luglio, e di trasmettere la somma a fornitori esteri in pagamento di fatture. Le Banche avevano dato esecuzione all'incarico procurandosi però la moneta statunitense al cambio abnorme di lire 2.200 per dollaro.

La caduta della lira rispetto al dollaro era stata causata dal mancato coordinamento tra l'Eni e la Banca d'Italia. Si è trattato di un avvenimento abnorme e straordinario che ha procurato danno agli operatori mandanti. Questi, hanno intrapreso avanti a diversi tribunali azione di responsabilità contro gli istituti di credito, lamentando la violazione dell'art. 1710 c.c., in quanto la banca mandataria, cui incombeva un obbligo di diligenza professionale, avrebbe dovuto rendere noto al mandante il livello eccessivo ed imprevedibile verso il quale la quotazione del dollaro si stava avviando; oppure, qualora non fosse stata in grado di prendere tempestivo contatto col mandante, avrebbe dovuto discostarsi dal mandato ricevuto (art. 1711 c.c.). Si trattava, come si può vedere, di una circostanza tale da poter determinare la revoca o modifica dell'incarico.

Per dare un quadro di sintesi dei problemi che attengono al caso in esame, conviene procedere dalle sentenze di merito più risalenti, di segno diverso, per pervenire alle conclusioni della Suprema Corte. Il Tribunale di Venezia, ad esempio, ha ravvisato l'obbligo della banca mandataria di discostarsi dalle istruzioni ricevute in presenza di una circostanza abnorme ma che avrebbe potuto incidere negativamente

sul mandato: *“L'acquisto di valuta estera per conto di un cliente costituisce un'operazione bancaria accessoria, di cui la banca risponde secondo le regole del mandato. La banca cui è dato mandato di acquistare valuta estera è tenuta a una diligenza professionale che non può essere quella dell'uomo medio, dovendo la stessa informarsi a una condotta particolarmente oculata, attenta e prudente. Un eccezionale ed assurdo aumento del cambio del dollaro statunitense nei confronti della lira costituisce una circostanza sopravvenuta, la cui omessa comunicazione al mandante da parte del mandatario configura una negligente esecuzione del mandato. Il mandatario ha, più che la facoltà, l'obbligo di discostarsi dalle istruzioni ricevute, non acquistando la valuta estera eccessivamente ed assurdamente rivalutatasi, allorché non ha potuto portare a conoscenza del mandante tale circostanza per ragioni di tempo”*. (Trib. Venezia 18 gennaio 1988, BBTC, 1988, II, 505).

La responsabilità della banca è stata affermata anche nella seguente sentenza di merito: *”Anche quando il mandante abbia fornito precise indicazioni sull'oggetto e modalità dell'incarico, se, per circostanze sopravvenute e imprevedibili, l'esecuzione dell'incarico risulti pregiudizievole per il mandante stesso, il mandatario è tenuto a segnalare tali circostanze sopravvenute, ovvero ad astenersi o a modificare le modalità di esecuzione qualora non sia possibile informare il mandante (nella specie: la banca incaricata risponde dei danni subiti dal cliente per la supina esecuzione di un ordine di acquisto di valuta estera, effettuato ad un tasso di cambio palesemente abnorme)”*. (Trib. Milano 16 febbraio 1989, GI, 1989, I, 2, 627).

Si pone in questo filone anche la seguente massima: *“La banca incaricata risponde dei danni subiti dal mandante per l'esecuzione di un ordine di acquisto di un rilevante quantitativo di valuta estera (nel caso di specie, dollari statunitensi) ad un tasso di cambio eccezionalmente e palesemente abnorme allorché non abbia comunicato al mandante, pur avendone avuto la possibilità, siffatte circostanze sopravvenute di tale gravità da poter determinare la revoca o la modificazione del mandato, e non abbia esercitato, in base ai doveri di diligenza e buona fede sottesi alla disposizione di cui all'art. 1711, comma II, c.c., il potere-dovere di discostarsi dalle istruzioni ricevute fino ad astenersi dall'esecuzione dell'incarico stesso”*. (Trib. Roma 29 aprile 1992, FP, 1992, I, 424).

Alcune Corti di appello hanno configurato la responsabilità della banca, ovvero: *“Qualora sopravvengano circostanze suscettibili di determinare la revoca o la modifica del mandato all'acquisto di valuta estera (come un tasso di cambio palesemente ed eccezionalmente abnorme), la banca mandataria ha l'obbligo di comunicare tali circostanze al cliente ovvero, nel caso in cui una*

tempestiva comunicazione sia impossibile, di discostarsi dalle istruzioni ricevute dallo stesso mandante, effettuando ad esempio un'operazione di cosiddetto "arbitraggio". (App. Trento 15 maggio 2000, GI, 2001, 331).

Nello stesso senso si pone altra decisione così massimata: *“Tra la banca ed il cliente che le ordini l'acquisto di valuta estera e l'accredito in conto del relativo importo, si costituisce un rapporto di mandato, al quale sono applicabili gli artt. 1710 e 1711 c.c. Ne consegue che si rende inadempiente al mandato la banca la quale esegua l'acquisto di valuta estera nonostante la sussistenza di rilevanti, anomale e sfavorevoli (per il cliente) oscillazioni del corso dei cambi, e senza informare il mandante. In questo caso, la banca risponde nei confronti del cliente della differenza tra il cambio al quale la valuta straniera è stata acquistata, e quello del giorno bancariamente successivo all'operazione”*. (App. Roma 20 luglio 1999, Grom, 2000, 84).

Ha escluso la responsabilità della banca la seguente decisione di merito: *“La banca che, incaricata dell'acquisto di valuta estera effettuata poi ad un tasso palesemente abnorme, abbia ommesso di comunicare al mandante tale circostanza sopravvenuta, non è da considerare inadempiente al mandato, qualora le particolari modalità di conferimento dell'incarico e il suo contenuto abbiano fatto ragionevolmente presumere, oltre l'estrema urgenza, anche l'intenzione del mandante di insistere per la sua esecuzione”*. (Trib. Milano 27 febbraio 1989, GI, 1989, I, 2,628).

Nello stesso senso: *“Non è configurabile come circostanza ignota al mandante l'eccezionale rivalutazione di valuta estera, allorché egli sia stato preventivamente avvertito del mandatario che la Banca D'Italia non sarebbe intervenuta a servire partite fuori mercato. Il mandatario, nell'impossibilità di comunicare al mandante l'eccezionale rivalutazione di valuta estera da acquistare, è solo in facoltà di discostarsi dalle istruzioni ricevute, non essendo tenuto a rinviare l'operazione di acquisto o ad effettuare un'operazione di arbitraggio cioè un'operazione su più monete”*. (Trib. Roma 20 gennaio 1988, RDCo, 1988, II, 371).

Anche in questa decisione la responsabilità è stata esclusa: *“Non può essere ritenuta la responsabilità della banca mandataria che provveda all'esecuzione dell'incarico conferitole dal cliente con precise modalità esecutive (nella specie, acquisto di un rilevante importo di dollari USA al "fixing" di un determinato giorno senza prefissazione di un limite massimo di prezzo), per avere ommesso di comunicare alcune notizie circa la previsione delle quotazioni e per non avere compiuto un'operazione di arbitraggio o rinviato l'operazione ad altro giorno”*. (Trib. Roma 1 marzo 1988, GC, 1988, I, 1305, 2106).

In riforma della sentenza di primo grado del Trib. Roma 1 marzo 1998, la Corte d'Appello di Roma ha ammesso la responsabilità della banca, richiamando tuttavia l'obbligo di informazione ai sensi dell'art. 1710, II comma, c.c. ed il disposto dell'art. 1711 c.c., la cui matrice tuttavia è da ricercarsi nel dovere di diligenza professionale: *“Poiché l'obbligo di informazione che grava sul mandatario, in base all'art. 1710 comma 2 c.c. è operante dal momento in cui i fatti influenti sull'esecuzione dell'incarico cessano di essere conosciuti dal mandante o non sono da questo conoscibili con l'uso dell'ordinaria diligenza, la banca incaricata è responsabile dei danni subiti dal mandante per l'esecuzione di un ordine di acquisto di un rilevante quantitativo di valuta estera (dollaro statunitense) ad un corso di cambio palesemente abnorme allorché non abbia comunicato al mandante, pur avendone la possibilità, l'eccezionale e imprevedibile aumento del cambio di detta valuta rispetto alla lira verificatosi nel corso del c.d. fixing”*. (App. Roma 27 maggio 1991, BBTC, 1992, II, 310).

La responsabilità della banca mandataria è stata invece esclusa, sia pure con diverse motivazioni da questa sentenza: *“La banca che, incaricata dell'acquisto di un relevantissimo importo di dollari USA sul mercato dei cambi, violi l'obbligo di informare il mandante per non aver messo in chiaro a quale abnorme quotazione della divisa statunitense avrebbe potuto portare il compimento dell'operazione, va tuttavia esente da responsabilità nel caso in cui, anche se avesse reso nota la circostanza suddetta ai dipendenti del mandante reperibili in quel momento, la perdita patrimoniale subita dal mandante si sarebbe comunque verificata per l'assenza dei responsabili dell'operazione di parte mandante titolari del potere di modificare o revocare l'incarico, poiché in tal caso viene a mancare il nesso causale tra inadempimento e danno”*. (App. Roma 3 giugno 1991, FI, 1991, I, 2506).

La Corte di Cassazione nel cassare con rinvio la sentenza 3 giugno 1991 della Corte di Appello di Roma, ha ritenuto che il profilarsi di circostanze nuove, tali da far ragionevolmente apparire inadeguate le originarie indicazioni fornite dal mandante, impone al mandatario, per prima cosa, di comunicare queste circostanze al mandante, ma quando una tempestiva comunicazione non sia possibile ed il mandante non possa, quindi, essere posto in condizione di adeguare il proprio atteggiamento alle nuove circostanze, incombe sul mandatario, anche nell'ipotesi di rigidità e specificità del mandato, l'obbligo di verificare la congruità delle istruzioni ricevute e discostarsene, ove una tale verifica porti a ritenere non più rispondenti alle nuove esigenze ed istruzioni inizialmente impartite. Se la cura diligente dell'interesse del mandante costituisce l'essenza stessa del mandato, è agevole intendere come il sopravvenire di dette

circostanze, originariamente ignote al mandante, ma idonee a riflettersi sull'interesse dedotto nel contratto, imponga al mandatario una verifica della congruità delle istruzioni ricevute, alla luce delle nuove emergenze, ancorché ciò possa determinare un aggravio di responsabilità per il mandatario medesimo. E ben si comprende che, se una tale verifica approdi ad una valutazione negativa, porti cioè a far ritenere non più rispondenti alle nuove esigenze le istruzioni inizialmente impartite dal mandante, l'attenersi ancora a quelle istruzioni, lungi dal configurare un corretto adempimento degli obblighi contrattuali, costituisce per il mandatario una violazione vera e propria dell'accennato dovere di diligenza. Parlare, in situazioni di tal genere, di una semplice facoltà del mandatario di non seguire le indicazioni del mandante significherebbe ipotizzare una scelta discrezionale in ordine al perseguimento o meno dell'interesse alla cui realizzazione il contratto è preordinato: il che appare manifestamente incongruo, onde è da ritenere che l'uso del verbo "può", nella norma in esame, stia unicamente a sottolineare il margine di discrezionalità tecnica, ma non certo ad escludere l'obbligatorietà giuridica, per il mandatario, dei comportamenti suggeriti da una scelta tecnica correttamente concepita. (Cass. 11 dicembre 1995, nr. 12647. Foro it. 1996, I, 544).

La Corte di Cassazione è intervenuta così sottolineando l'obbligo di informazione del mandatario al mandante delle sopravvenute circostanze che possono incidere negativamente nell'esecuzione del mandato: *“Se successivamente all'incarico conferito dal cliente alla banca sopravvengono circostanze nuove e imprevedibili suscettibili di determinare la revoca o la modifica del mandato (nella specie la banca incaricata risponde dell'acquisto di valuta estera ad un tasso di cambio palesemente abnorme), il mandatario ha l'obbligo di comunicare tali circostanze sopravvenute al mandante, per evitare che l'interesse di quest'ultimo resti vulnerato, a nulla rilevando, ai fini dell'imputazione della responsabilità, la mancata indicazione del prezzo massimo da pagare per l'acquisto di valuta e non sussistendo alcun profilo di colpa, neppure a titolo di concorso, a carico del mandante nella determinazione dell'evento dannoso”*. (Cass. 5 maggio 1998 nr. 4486, GC, 1999, I, 1147).

8) L'obbligazione di rimettere al mandante i risultati della gestione e di corrispondere gli interessi sulle somme riscosse

Appartiene alla seconda delle due fasi in cui possono suddividersi le prestazioni del mandatario, l'obbligazione, prevista dall'art. 1713, comma I, c.c., di rimettere al mandante tutto ciò che egli abbia ricevuto a causa del mandato. Trattasi di obbligazione principale,

nella quale si esprime la nota tipica del mandato, ovvero la destinazione al mandante dei risultati vantaggiosi dell'atto gestorio. Essa può pertanto mancare nel mandato con rappresentanza ed occupa invece un posto centrale in quello in nome proprio, pertanto non può essere esclusa completamente dall'autonomia delle parti, ma solo modificata nel suo contenuto, pena in caso contrario lo snaturamento del tipo legale.

Nella sua configurazione ordinaria, l'obbligazione in oggetto si atteggia per lo più ad obbligo di consegnare o, più in generale, di compiere atti di esecuzione materiale diretti a mettere a disposizione del mandante quei beni il cui trasferimento di titolarità si produce in virtù di congegni effettuali già esaminati in proposito del mandato ad acquistare e ad alienare o per effetto del contratto concluso con il terzo, in ipotesi di mandato con rappresentanza. Essa comprende tuttavia anche le eventuali prestazioni di "dare" in senso tecnico, ossia i negozi di puro trasferimento ex art. 1706 c.c.

L'obbligo del mandatario di rimettere al mandante tutto quello che ha ricevuto concerne, salvo diversa disposizione di legge, tutti i beni, compresi quelli conseguiti in esecuzione dell'atto gestorio, la restituzione delle anticipazioni il cui impiego non sia stato necessario per l'esecuzione dell'incarico e la restituzione dei documenti consegnati dal mandante o comunque a questi spettanti.

Sembrerebbe che vi sia incertezza sul momento di decorrenza di tale obbligo, ma tale incertezza non ha ragione di esistere qualora si tenga conto che la norma intende tutelare il mandatario. Questo significa che il mandante, prima della conclusione dell'atto gestorio e della connessa presentazione del rendiconto, non potrà pretendere la rimessione di quanto il mandatario abbia ricevuto, mentre il mandatario, da parte sua, potrà anticipare l'esecuzione dell'obbligo di rimessione. Si tratta di un termine, quello della conclusione dell'atto gestorio, a favore del debitore, salva specifica contraria disposizione di legge o patto contrario.

Con specifico riguardo all'ipotesi in cui le cose da rimettere al mandante siano costituite da somme riscosse per conto dello stesso, l'art. 1714 c.c. stabilisce che il mandatario debba corrispondere al mandante anche gli interessi legali, con decorrenza dal giorno in cui avrebbe dovuto consegnarle ovvero impiegarle secondo le istruzioni ricevute. La dottrina è concorde nel ritenere che la norma, disciplinando la decorrenza degli interessi dovuti per gli inadempienti in oggetto, preveda due ipotesi, quella del ritardo nella consegna delle somme e quella dell'omesso impiego delle stesse conformemente alle istruzioni, e stabilisca l'obbligo per il mandatario di corrispondere gli interessi non solo nella prima fattispecie (art. 1224, I comma, c.c.) ma anche, eccezionalmente, nella seconda, nella quale, a differenza della prima, si tratta di inadempimento di obbligazione di fare, non di

obbligazione pecuniaria. Si rileva pertanto che l'obbligo di corrispondere gli interessi legali nella seconda ipotesi rappresenta una liquidazione legale del danno fissata nella misura degli interessi legali. Quanto detto non esclude che il mandante conservi il diritto al risarcimento di un danno superiore a quello forfettariamente liquidato dal legislatore, in tal caso: nella seconda ipotesi, si applicheranno le comuni norme sull'inadempimento di obbligazione avente fonte contrattuale, invece nella prima fattispecie si applicherà la disciplina prevista dall'art. 1224, II comma, c.c.

9) Obbligazioni accessorie: rendiconto, comunicazione, custodia

Molteplici obbligazioni accessorie a carico del mandatario sono disciplinate specificamente dalla legge, altre possono discendere, oltre che da opposte pattuizioni inter partes, dall'applicazione dei principi generali di diligenza e buona fede (art. 1176, 1175, 1375 c.c.).

Tra le obbligazioni accessorie di fonte legale merita particolare attenzione quella del rendiconto (art. 1713 c.c.) in base alla quale il mandatario è tenuto a presentare non soltanto un prospetto contabile che rispecchi tutte le attività svolte con relative entrate ed uscite e con esposizione del saldo finale, ma anche a fornire la descrizione e giustificazione del proprio operato accompagnata dagli eventuali documenti d'appoggio.

L'obbligo in oggetto normalmente viene ad esistenza dopo lo svolgimento dell'attività compiuta dal mandatario e quindi, se vi è un termine, dopo la scadenza del medesimo. In ogni caso, nulla osta, che le parti concordino rendiconti periodici prima dell'estinzione del rapporto di gestione.

La legge ammette espressamente che tale obbligazione possa essere esclusa mediante dispensa preventiva dal rendiconto, tuttavia, in considerazione del fatto che la dispensa preventiva dall'obbligo di rendiconto determina un'inversione dell'onere della prova in pregiudizio del mandante relativamente alla dimostrazione dell'inadempimento del mandatario e che quindi finisce con il trasformarsi in una clausola di esonero della responsabilità del mandatario per inadempimento (art. 1229 c.c.), la legge sancisce la nullità della clausola di dispensa per i casi nei quali il mandatario sia chiamato a rispondere dell'inesatta esecuzione del mandato per dolo o colpa grave.

Importante è stabilire la natura dell'attività di rendicontazione e quella dell'eventuale approvazione del rendiconto da parte del mandante.

Secondo un primo orientamento dottrinale, sulla base del carattere di accertamento o ricognitivo che riveste l'attività del mandatario, deve

ritenersi che il rendiconto abbia natura negoziale, conseguentemente l'approvazione del documento da parte del mandante comporta un accertamento convenzionale dell'attività svolta. Tale orientamento trova riscontro anche in giurisprudenza, infatti: *“L'obbligazione del mandatario, prevista dall'art. 1713 c.c., di rendere conto del suo operato, si concreta e si specifica nel momento e nel luogo in cui il mandato è stato eseguito e comporta che il mandatario stesso giustifichi in che modo abbia svolto la sua opera, mediante la prova di tutti gli elementi di fatto che consentano di individuare e vagliare le modalità con cui l'incarico è stato eseguito e di stabilire se il suo operato sia stato conforme ai criteri di buona amministrazione, in aderenza a quanto disposto dall'art. 1710 c.c., conseguentemente con il rendimento del conto si è al di fuori del negozio di mero accertamento, e della sua funzione di rendere certe delle situazioni (anche effettuali) obiettivamente incerte, vertendosi invece in tema di negozio con funzione ricognitiva della situazione preesistente, cioè dell'esecuzione del mandato, e costitutiva di un'attuale obbligazione diretta a definire un regolamento d'interessi collegato con il preesistente rapporto di mandato”*. (Cass. 22 agosto 1985, nr. 4480, Rep. Foro it., 1985, nr. 10).

Per poter condividere la natura di accertamento convenzionale bisognerebbe dimostrare che la comunicazione del rendiconto abbia natura di proposta diretta alla conclusione di un contratto di accertamento. Tale tesi è inattendibile, in quanto, se così fosse, il mandante potrebbe limitarsi a rifiutare la proposta, impedendo che l'attività del debitore possa produrre gli effetti a cui è preordinata. Infatti, il mandatario potrebbe sempre, in sede giudiziale, dimostrare la correttezza del proprio operato ed ottenere gli effetti cui era preordinata la sua attività. Ma se dunque un effetto si può ottenere senza bisogno della partecipazione della controparte, cade la qualificazione in termini di accertamento convenzionale e si è costretti a parlare di un negozio ricognitivo. Ma anche questa ricostruzione è inesatta in quanto il mandatario, nel rendere conto della sua attività, non pone in essere atti di carattere prescrittivo, ma si limita a descrivere il modo con cui ha adempiuto all'obbligo gestorio. In sostanza il mandatario ha l'obbligo di informare, di portare a conoscenza del mandante il modo in cui ha assolto il suo obbligo. Si tratta di un'attività non negoziale, ma meramente descrittiva e narrativa di un fatto. Il mandante nel ricevere tale comunicazione la può approvare o contestare.

Se si tiene per fermo che l'adempimento dell'obbligo di rendiconto consiste essenzialmente nell'affermazione di fatti storici e che la sua peculiarità sta in ciò che l'obbligato deve portare a conoscenza della controparte determinati fatti storici, si vede con maggiore chiarezza che l'accettazione non può avere valore negoziale. Il gerito esprime

esclusivamente un giudizio, non una volontà. Quindi l'accettazione del rendiconto ed il presunto effetto di accertamento che ne consegue, non è che la conseguenza del giudizio di conformità, che ogni creditore è chiamato a formulare. L'efficacia estintiva dell'obbligo di gestione deriva dall'esattezza della prestazione, infatti anche in caso di contestazione il mandatario sarà liberato dalla sua obbligazione qualora vi sia la prova dell'esattezza della prestazione.

Altra obbligazione accessoria è quella, anzi quelle di comunicazione o informazione al mandante in ordine a dati eventi che il codice prevede in varie occasioni a carico del mandatario (art. 1710, 1712 I comma, 1718 III comma, 1732 III comma), alla base delle quali deve sussistere tuttavia l'esistenza di una più ampia obbligazione del mandatario di dar notizia al mandante di tutti i fatti rilevanti ai fini dello svolgimento del rapporto, espressione dei generali doveri di diligenza (art. 1710 I comma e 1176 c.c.) e di buona fede (art. 1175 e 1375 c.c.) a cui il gestore deve uniformarsi nell'esecuzione dell'incarico.

Va sottolineato che alla base dell'obbligo di comunicazione sta in ogni caso l'interesse del mandante e tale interesse costituisce al tempo stesso, un limite dell'obbligo in parola, nel senso che tutte le volte che sia possibile constatarne l'obiettiva presenza deve ritenersi sussistente, mentre ove tale interesse manchi esso viene meno.

La legge si limita ad enunciare alcuni casi in cui il mandatario deve comunicare al mandante le circostanze relative all'esecuzione dell'attività gestoria. Ma ciò non significa che, a prescindere da tali casi specifici, non sussista un obbligo generico di comunicare, posto a carico del mandatario. Pertanto il sistema normativo consta di una regola generale e di una particolare. La regola generale consiste in ciò che, ogniqualvolta ne sia espressamente richiesto dal mandante, il mandatario deve renderlo edotto delle circostanze che riguardano l'esecuzione del mandato: in caso di rifiuto, il silenzio del mandatario, se non è giustificato dalla carenza dell'interesse del mandante a conoscere, non solo sarebbe in contrasto con il principio dell'alienità dell'attività gestoria, ma violerebbe anche il dovere, a lui imposto, di eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia. La regola particolare, che costituisce una specificazione di quella generale, consiste nella circostanza che il mandatario, indipendentemente da un'esplicita richiesta del mandante, è tenuto a dare tempestiva notizia di tutti quei fatti che, per la loro rilevanza in ordine alle vicende del rapporto, il mandante ha comunque obiettivo interesse a conoscere. La legge prende in considerazione quest'ultima regola, enunciando i casi in cui l'obbligo in parola deve ritenersi sussistente, ma accanto ad essi ve ne possono essere altri non indicati in maniera analitica dalla legge, in cui in relazione all'interesse obiettivo del mandante, deve ritenersi sussistente l'obbligo di

comunicazione. Rientrano nella fattispecie in oggetto le comunicazioni di seguito dettagliate.

Comunicazione di circostanze sopravvenute che possano comportare la revoca o la modificazione del mandato (art. 1710, II comma, c.c.), secondo cui il mandatario è tenuto a comunicare quelle circostanze sopravvenute la cui rilevanza, nell'economia del rapporto di mandato, sia obiettivamente tale da configurare la possibilità che il mandante non abbia più interesse a conseguire il risultato dell'attività gestoria o comunque abbia interesse a conseguirlo in maniera diversa.

Comunicazione dell'eseguito mandato (art. 1712 c.c.), in tal caso il mandante ha interesse a conoscere l'avvenuto espletamento dell'incarico, avendo interesse a far proprio il risultato dell'attività gestoria. L'art. 1712, I comma, c.c. stabilisce che tale comunicazione deve essere data senza ritardo. La comunicazione che il mandatario è tenuto a dare dell'avvenuta esecuzione del mandato non è preordinata soltanto al fine di soddisfare l'interesse del mandante ad esserne edotto, ma è anche preordinata al conseguimento di un ulteriore particolare effetto, che è relativo all'approvazione dell'attività gestoria, da parte del mandante. In tal senso, infatti, l'art. 1712 c.c. stabilisce che il ritardo del mandante a rispondere, dopo aver ricevuto la comunicazione, per un tempo superiore a quello richiesto dalla natura degli affari o dagli usi, importa approvazione, anche se il mandatario si è discostato dalle istruzioni ovvero ha ecceduto i limiti del mandato.

Comunicazione delle dilazioni di pagamento concesse (art. 1732 c.c.), secondo cui deve ritenersi estensibile al mandato la disposizione contenuta nell'art. 1732 c.c., dettata in materia di commissione, a tenore della quale il commissionario che ha concesso dilazioni di pagamento è tenuto a comunicare al committente la persona del contraente ed il termine concesso. Anche il mandatario, infatti, è tenuto alla medesima comunicazione.

Di rilievo anche l'obbligazione accessoria del mandatario avente ad oggetto la custodia delle cose consegnategli o speditegli dal mandante per l'attuazione del mandato (art. 1718, I comma, c.c.) e di quelle dategli dal terzo contraente in esecuzione dell'atto gestorio, prestazioni di custodia comunque già comprese in quanto accessorie nelle obbligazioni di consegna (art. 1177 c.c.) delle cose stesse.

10) Obbligazioni accidentali: lo star del credere

Il contratto di mandato può generare ulteriori obbligazioni per il mandatario in virtù di apposite clausole che in concreto vengono convenute tra le parti.

Particolare importanza assume, tra le obbligazioni accidentali del

mandatario, quella cosiddetta dello “star del credere”, prevista dall’art. 1715 c.c. che regola un profilo di ordinaria responsabilità del mandatario verso il mandante per negligente esecuzione dell’incarico e prevede che, in ipotesi di diligente esecuzione dell’incarico, l’obbligazione di “star del credere” nasce solo in presenza di apposita clausola apposta al contratto di mandato.

La casistica discende dalla circostanza in base alla quale nel mandato senza rappresentanza accade che il mandatario, agendo per conto del mandante ma in nome proprio, instaura un rapporto contrattuale dal quale nascono obbligazioni assunte dalle persone con cui ha contratto e che sono estranee al rapporto di mandato. Nel caso in cui il terzo non adempia si pone quindi il problema se il mandatario debba rispondere verso il mandante dell’inadempimento delle obbligazioni assunte dalle persone con le quali ha contratto, in esecuzione del mandato. Essa trova soluzione nell’art. 1715 c.c. che dispone che il mandatario è esonerato da responsabilità verso il mandante per le obbligazioni assunte dalle persone con le quali ha contratto in esecuzione del mandato.

Questa disposizione riprende il principio fondamentale in tema di mandato per il quale il rischio dell’operazione economica grava sul mandante che è il soggetto economico dell’affare e quindi, il destinatario delle conseguenze pratiche vantaggiose e svantaggiose. E’ stato affermato, infatti, che: *“La regola, dettata dall’articolo in rassegna, per la quale il mandatario non risponde, verso il mandante, dell’adempimento delle obbligazioni del terzo contraente, costituisce sviluppo dei caratteri fisionomici dell’agire per conto altrui ed in particolare del fatto che i rischi inerenti all’affare, e quindi anche il rischio dell’eventuale inadempimento del terzo contraente, gravano sul mandante”*. (Luminoso 1991, 1293).

Questo profilo è accolto anche in giurisprudenza come risulta dalla seguente sentenza: *“L’esonero del mandatario senza rappresentanza da responsabilità verso il mandante per l’inadempimento delle obbligazioni assunte dai terzi con i quali ha contratto, sancito dall’art. 1715 c.c., ha carattere generale, poiché rappresenta la conseguenza del particolare modo di operare l’interposizione gestoria, nel cui ambito non v’è spazio per una responsabilità in proprio del gestore, posto che il mandante o ha azione diretta contro il terzo contraente, ovvero versa in una situazione di piena estraneità rispetto al negozio di gestione ed al rapporto che ne scaturisce in capo al mandatario, pertanto, il suddetto esonero copre tutta l’area dell’esecuzione del mandato e non è limitato ad un solo momento di questa”*. (Cass. 10 ottobre 1975, nr. 3230, MFI, 1975, 3230).

La clausola dello “star del credere” è volta a rendere più attento ed oculato il mandatario nella ricerca dell’altro contraente, infatti, essa determina uno spostamento del rischio di inadempimento da

mandante a mandatario.

La responsabilità del mandatario è legata all'inadempimento delle obbligazioni assunte dal terzo, ma tale patto opera solo in caso di inadempimento imputabile del terzo e non anche nei casi in cui l'inadempimento del terzo è dovuto a caso fortuito o a forza maggiore.

Parte della dottrina ha sostenuto che la previsione convenzionale dello "star del credere" deve comportare a favore del mandatario un compenso aggiuntivo e tale orientamento emerge in giurisprudenza come si evince dalla seguente massima pronunciata in materia di commissione: *"La remunerazione spettante al commissionario per lo "star del credere" può essere, per volontà delle parti, corrisposta in modo autonomo sotto forma di compenso speciale, od anche conglobata nella provvisione, la quale sarà necessariamente maggiore di quella prevista dall'art. 1733 c.c."*. (Cass. 6 ottobre 1970, nr. 1802, MFI, 1970, 1802).

La ricerca della natura dogmatica della clausola dello "star del credere" ha portato a diverse interpretazioni. Quella corrente è che con il patto contrario, che prevede la responsabilità del mandatario per l'insolvenza del terzo col quale egli abbia contratto, configuri una responsabilità per garanzia fideiussoria, per cui il regime applicabile è quello ritagliato sulla fideiussione (Minervini 1957, 109; in senso contrario Luminoso 2007, 124). Altra corrente di pensiero ravvisa un'ipotesi di aggravamento della responsabilità del mandatario (Bile 1961, 135; Carnevali 1990, 8; Luminoso 1984, 355) e tale posizione è condivisa anche in giurisprudenza come emerge dalla seguente decisione: *"Poiché la funzione dello star del credere, previsto dall'art. 1736 c.c., è quella di attribuire al commissionario, nei confronti del committente, una specifica responsabilità - per l'esecuzione dell'affare - più intensa e rigorosa di quella che gli incombe in base alle regole comuni ed alla quale corrispondono, da un lato, un'adeguata autonomia nella promozione e nella stipula delle compravendite e, dall'altro, un congruo compenso per lo specifico rischio assunto, nulla esclude che detto commissionario possa assumere, con lo - star del credere -, l'intera responsabilità del buon fine dell'affare, senza che ciò comporti il mutamento del contratto da commissione in compravendita"*. (Cass. 28 novembre 1981, nr. 6352, MFI, 1981, 6352).

Nel caso in cui il mandante sia stato indennizzato dal mandatario per l'inadempimento del terzo, resta inteso che tale mandatario può surrogarsi nei diritti verso il terzo.

L'altra fattispecie normativa che ha come conseguenza la responsabilità del mandatario, è costituita dal fatto che il mandatario abbia colpevolmente contratto con una persona insolvente. In base al disposto dell'art. 1715 c.c., tale colpevolezza del mandatario deve

emergere da due presupposti da accertarsi con riferimento al momento della conclusione dell'atto gestorio, ovvero: che l'insolvenza del terzo fosse nota al mandatario e che il mandatario avrebbe potuto rilevare tale insolvenza. Si tratta di un'ipotesi di responsabilità propria, non di garanzia, diversa quindi da quella dipendente dalla convenzione dello star del credere e che è giustificata dall'esigenza di sanzionare un comportamento negligente del mandatario con conseguente obbligazione al risarcimento del danno patito dal mandante. (Bile 1961, 134; Carpino 2007, 78; Dominedò 1964, 128; Luminoso 2007, 123).

CAPITOLO VI

ECCESSO DI MANDATO

1) Nozione di eccesso di mandato

L'art. 1711, I comma, c.c. testualmente dispone che: "Il mandatario non può eccedere i limiti fissati nel mandato. L'atto che esorbita dal mandato resta a carico del mandatario, se il mandante non lo ratifica". Al secondo comma del citato articolo si prevede la possibilità che il mandatario si discosti dalle istruzioni ricevute, quando circostanze ignote al mandante e non suscettibili di immediata comunicazione facciano ragionevolmente ritenere che il mandante avrebbe dato la sua approvazione.

La ragione che giustifica la norma di cui al primo comma risiede nella circostanza che il contratto è uno strumento destinato a realizzare effetti giuridici conformi a quelli pratici voluti dalla parte che assume il rischio dell'operazione economica che, nel nostro caso è il mandante.

La mancata corrispondenza tra lo strumento e l'obiettivo non soddisfa l'interesse della parte che ha voluto l'operazione, pertanto sorge la necessità di implementare opportuni rimedi al fine di assicurare un'assoluta corrispondenza tra prestazione ed interesse del creditore.

In merito la dottrina rileva che: "*Secondo i principi generali (artt. 1181 e 1218 c.c.) perché si abbia esatto adempimento dell'obbligazione (ex art. 1703 c.c.) il mandatario deve eseguire la prestazione con puntualità e precisione in perfetta corrispondenza al suo contenuto astratto*". (Luminoso 1984, 33).

Il legame con la disciplina delle obbligazioni in generale è stato messo in risalto dalla dottrina, infatti: "*Il divieto di eccesso di mandato (di deviazione dal mandato) non è se non la formulazione in sede particolare ed in termini negativi (di divieto della violazione) del principio generale in tema di adempimento delle obbligazioni, della necessaria esatta rispondenza obiettiva della prestazione al contenuto dell'obbligazione*". (Minervini 1957, 159).

Nella vicenda del mandato il profilo strumentale è articolato in due segmenti: quello preparatorio, incentrato sull'incarico conferito dal mandante al mandatario, e quello esecutivo dell'atto gestorio. Il controllo della relazione fra interesse della parte e lo strumento contrattuale è incentrato sull'atto gestorio che per necessità deve essere conforme al programma del mandante. Occorre inoltre tener presente che il problema si pone diversamente a seconda che il mandato sia senza rappresentanza o con rappresentanza.

La dottrina distingue queste situazioni: *“In conclusione si possono configurare tre ipotesi: a) assoluta estraneità dell’atto del mandatario al contenuto del mandato; in questo caso l’atto non sarà mai rilevante per il mandante; b) l’atto del mandatario, pur essendo preordinato all’attuazione dell’obbligo gestorio, realizza una prestazione diversa da quella prevista nel mandato: si avrà un eccesso di mandato; c) l’atto gestorio differisce dal contenuto dell’obbligo solo per modalità esecutive: si avrà esclusivamente una prestazione inesatta”*. (Carpino 2007, 90-91).

Occorre focalizzare l’attenzione sulla seconda ipotesi, ovvero quella dell’eccesso di mandato. Sulla base del disposto dell’art. 1711, I comma, c.c. i presupposti di fatto della fattispecie normativa sono: l’esistenza di limiti posti nella conclusione del mandato in ordine alla determinazione dell’oggetto di esso, il superamento di detti limiti da parte del mandatario e ciò in violazione del divieto disposto dal legislatore.

Sul piano delle conseguenze sussiste una duplice previsione, ovvero: il mancato rispetto del divieto di superamento dei suddetti limiti comporta la riferibilità al mandatario, e non al mandante, dell’atto gestorio eccedente, oppure può essere ripristinata la fisiologica funzione ed efficacia del mandato a condizione che vi sia stata la ratifica da parte del mandante dell’atto eccedente i limiti imposti con il conferimento dell’incarico o con successive istruzioni. In questo modo i risultati della gestione sono attribuiti al mandante e a tutti gli effetti, qualunque essi siano, vantaggiosi e svantaggiosi.

La definizione di eccesso di mandato risulta incerta sia in dottrina che in giurisprudenza.

I criteri che vengono seguiti per configurare l’eccesso di mandato si incentrano su due elementi fondamentali: il profilo volitivo ed il profilo teleologico.

In base al primo indirizzo (formulato soprattutto con riferimento al mandato rigido e specifico) vengono privilegiati la “volontà” del mandante e i limiti da questo “voluti”, pertanto l’eccesso di mandato si concretizza per il solo discostamento del mandatario dalle specifiche istruzioni impartite dal mandante, non ammettendosi quindi alcuna indagine sulla conformità o meno dello scopo dell’atto gestorio rispetto a quello perseguito dal mandante. In merito la dottrina ha rilevato che: *“Perché si incorra nell’ipotesi di eccesso di mandato occorre che sussistano i seguenti elementi: volontà espressa del mandante sullo scopo da conseguire, apposizione di limiti ben chiari al mandato ed esecuzione, da parte del mandatario, dell’incarico in senso diverso ed incompatibile con la volontà del mandante”*. (Molla 1977, 240).

Per il secondo indirizzo, l’eccesso di mandato è configurabile quando il mandatario, nell’esecuzione dell’attività gestoria, persegue uno

scopo diverso ed incompatibile con quello che il mandante si è prefissato di raggiungere, infatti l'atto del mandatario dovrebbe essere considerato non eccedente i limiti del mandato, qualora, pur non rispettando la volontà espressa nel mandato, realizzi lo scopo del mandante. (Bile 1961, 96; Mirabelli 1991, 583). In giurisprudenza si colloca in questa linea di pensiero la seguente sentenza: *“Sussiste eccesso di mandato qualora il mandatario nell’esecuzione dell’incarico persegua uno scopo diverso o incompatibile con quello prefissogli dal mandante o quanto meno non corrispondente alla volontà di costui; allorquando nel mandato con rappresentanza l’eccesso si ponga nei confronti dei terzi come esorbitanza della procura, con tanto maggior rigore occorre ricercare i suindicati presupposti in quanto, avendo un ambito più ampio l’eccesso di mandato rispetto a quella della procura, ben può l’atto extramandatum rientrare nei limiti di questa”*. (Cass. 8 febbraio 1968, nr. 417, RFI, 1968, *Mandato*, 17).

La valutazione del profilo funzionale riceve apprezzamento in contributi più recenti. Se è vero che il riferimento alla volontà delle parti è un aspetto imprescindibile, è anche vero che la valutazione del profilo teleologico del mandato assume un’importanza fondamentale per l’interpretazione dell’art. 1711 c.c.: *“Spiega meglio della precedente perché il mandante ha la facoltà di ratificare l’eccesso di mandato, come prevede l’art. 1711 c.c. In effetti, se l’eccesso di mandato consistesse semplicemente nel compimento di un atto estraneo all’incarico, potrebbe essere difficile far spazio ad una “ratifica” del mandante, dato che con essa il mandante tenderebbe ad acquisire per sé, eventualmente contro la volontà del mandatario, gli effetti di un atto non dovuto secondo il mandato”*. (Graziadei 1994, 178).

Il contrasto fra indirizzi deriva da un difetto di impostazione. Il problema non sta invero nella prevalenza dell’elemento volitivo o nell’accentuazione della conformità dello scopo all’interesse del mandante: *“L’esame delle posizioni sulle quali dottrina e giurisprudenza sono attestate appare particolarmente prezioso poiché mostra che due sono, in sostanza, i punti sui quali si accentrano i maggiori equivoci e le più evidenti contraddizioni. Il primo attiene alla determinazione dell’interesse o dello scopo del mandante che occorre prendere in considerazione ai fini dell’eccesso; il secondo investe il non facile compito di una possibile conciliazione, agli stessi fini, tra “volontà espressa” del mandante e “scopo perseguito” dalla stesso”*. (Luminoso 1984, 540-541).

La soluzione è da ricercarsi nella fonte del limite e cioè nel contenuto del contratto di mandato.

2) Rilevanza della distinzione fra mandato specifico e mandato generico

La revisione critica delle ricostruzioni della nozione di eccesso di mandato deve procedere da una maggiore attenzione al testo dell'art. 1711 c.c. che pone al centro delle proposte di ricostruzione il contenuto del contratto di mandato, dal quale soltanto possono emergere i limiti che il mandatario ha il dovere di rispettare.

Parte della dottrina sostiene che: *“Al fine di valutare la conformità o meno dell'atto al mandato occorre prendere le mosse non da un generico interesse del mandante, bensì dal concreto scopo perseguito con lo specifico mandato considerato. Trattandosi di giudicare della attuazione o meno di un contratto, il punto di riferimento per stabilire se i risultati programmatici siano stati fedelmente realizzati non può essere costituito che dal concreto contenuto del programma negoziale”*. (Luminoso 2007, 191).

Aderendo a questa impostazione, è stata data particolare importanza alla determinazione dell'oggetto del mandato rilevando che: *“Il mandato è un contratto preordinato all'attuazione degli scopi che il mandante si è prefisso, e nella cui determinazione non svolge alcun ruolo il mandatario, se non per eventuali chiarimenti e precisazioni dell'impegno, ovvero al fine di concludere l'atto costitutivo del medesimo. Ora tale caratteristica si attua nella determinazione dell'oggetto, vale a dire dell'atto gestorio; ne segue che è più agevole individuare un eccesso di mandato laddove l'oggetto sia specifico e non genericamente indicato, in quanto, in quest'ultima ipotesi, vi sarà da parte del mandatario, una collaborazione nella determinazione dell'oggetto e quindi dell'obbligo, che renderà più difficile la possibilità di un atto eccedente i limiti del mandato”*. (Carpino 2007, 89-90).

Secondo questa corrente di pensiero, nel giudizio sul superamento dei limiti del mandato, assume rilevanza lo specifico contenuto del contratto di mandato, tenuto conto non solo dell'oggetto dell'incarico, ma anche delle istruzioni impartite dal mandante nel corso del rapporto: *“Il giudizio di conformità (o meno) dell'attività del mandatario deve essere condotto fondamentalmente alla stregua delle indicazioni contenute nel mandato e delle istruzioni specifiche successive, di guisa che l'eccesso di mandato sarà da configurare solo in caso di difformità fra la concreta attività e tali indicazioni”*. (Luminoso 2007, 192).

Si può allora distinguere: il mandato specifico o rigido, in cui si ha una previsione dettagliata di tutti o di alcuni elementi fondamentali dell'atto gestorio, dal mandato generico in cui, senza cadere nell'indeterminatezza che comporterebbe la nullità del mandato, si ha una descrizione più lata della natura dell'atto che il mandatario si

obbliga ad eseguire per conto del mandante.

Quando si possa ravvisare un mandato specifico: *“L’obiettivo difformità tra atto compiuto e specifiche istruzioni impartite dal mandante realizza l’eccesso di mandato, salvo che lo scopo raggiunto coincida esattamente con quello perseguito dal mandante”*. (Carnevali 1990, 9).

Questa opinione viene condivisa anche da altri autori, infatti: *“In caso di mandato specifico o comunque rispetto agli elementi dello stipulando atto gestorio predeterminati nel mandato (o nelle eventuali istruzioni successive), il giudizio di conformità (o meno) dell’attività del mandatario deve essere condotto fondamentalmente alla stregua delle indicazioni contenute nel mandato e delle istruzioni specifiche successive, di guisa che l’eccesso di mandato sarà da configurare solo in caso di difformità fra la concreta attività e tali indicazioni”*. (Luminoso 2007, 192).

La giurisprudenza ha opportunamente rilevato tale profilo: *“In tema di esecuzione del mandato, quando il mandatario si discosti dalle specifiche e rigide istruzioni ricevute è superflua la verifica della conformità dell’atto allo scopo e agli interessi del mandante, attese la contrarietà all’espressa volontà di questi. In tale ipotesi, quando la difformità riguardi una clausola del contratto concluso dal mandatario con rappresentanza, alla quale, secondo l’incensurabile apprezzamento del giudice di merito, debba riconoscersi carattere essenziale, l’inefficacia nei confronti del mandante non è limitata alla sola clausola difforme ma riguarda il contratto nella sua globalità. Tuttavia, quando la domanda sia anche diretta a ottenere la dichiarazione di invalidità parziale del negozio, questa si estende all’intero contratto soltanto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità”*. (Cass 4 dicembre 2003, nr. 18535, MGC, 2003, 12).

Il problema più grave si pone nell’ipotesi di mandato generico in cui si deve necessariamente tenere conto di un margine di discrezionalità riservato al mandatario: *“E’ chiaro per altro che, quanto più il mandato è formulato in termini generali o generici, tanto più è difficile configurare un eccesso di mandato, nel senso di non corrispondenza tra l’atto compiuto dal mandatario e l’atto dovuto secondo il mandato”*. (Graziadei 1994, 178).

Nel caso in cui gli elementi di specificità manchino, viene osservato che: *“In caso di mandato generico o rispetto comunque agli elementi dell’atto gestorio non predeterminati nel mandato, al fine di stabilire la conformità o meno al mandato dell’atto posto in essere, si dovrà necessariamente tener conto del margine di discrezionalità che compete al mandatario nella valutazione e nella scelta di tali elementi. A questa stregua potrà affermarsi l’esistenza di un eccesso*

di mandato soltanto quando l'elemento o gli elementi del concreto atto gestorio non predeterminati nel mandato si rivelino apprezzabilmente differenti da quelli che l'atto stesso avrebbe dovuto possedere e che il mandatario avrebbe potuto e dovuto desumere con l'uso dell'ordinaria diligenza (...) dagli scopi specifici che con il mandato si intendevano perseguire o, in ultima analisi, dagli scopi corrispondenti ad un risultato di obiettiva utilità per il mandante". (Luminoso 2007, 191).

La soluzione del conflitto di interessi, che emergesse in una controversia potrebbe essere così gestita: *"A questa stregua potrà affermarsi l'esistenza di un eccesso di mandato soltanto quando l'elemento o gli elementi del concreto atto gestorio non predeterminato nel mandato si rivelino apprezzabilmente differenti da quelli che l'atto stesso avrebbe dovuto possedere e che il mandatario avrebbe potuto e dovuto desumere con l'uso dell'ordinaria diligenza, pur tenendo conto, s'intende, del margine di valutazione discrezionale spettante al mandatario stesso; dagli scopi specifici che col mandato si intendevano perseguire o, in ultima analisi, dagli scopi corrispondenti ad un risultato di obiettiva utilità per il mandante". (Luminoso 2007, 91).*

3) Ruolo delle clausole generali di correttezza e buona fede

Non vi è dubbio che nel giudizio, destinato a verificare l'esistenza di un eccesso di mandato, un ruolo di primo piano svolgono i criteri di correttezza e di buona fede, non soltanto nella prospettiva di adempimento delle obbligazioni e di esecuzione del contratto, quanto sotto quello dell'interpretazione della volontà: *"Ed occorre altresì non perdere di vista che, sulla base del principio di buona fede oggettiva (artt. 1175, 1366 e 1375 c.c.), in caso di difformità di lieve entità o di scarsa rilevanza pratica tra l'oggetto del mandato e l'atto gestorio concretamente compiuto, dovrà ciò nondimeno negarsi la configurabilità di un eccesso di mandato". (Luminoso 2007, 191).*

Ulteriore conferma si ha da chi esamina il rapporto fra volontà del mandante e scopo da questo perseguito, e recupera il criterio di interpretazione del contratto secondo buona fede: *"Ipotizzare un contrasto tra volontà espressa nel mandato e scopo perseguito dal mandante non sembra aderente né alla realtà normativa né alla realtà di fatto; si tratta invece di un problema di interpretazione che assume un carattere del tutto peculiare. Ciò in quanto, date le caratteristiche del contratto di mandato, non si può applicare, almeno di regola l'art. 1362 c.c., che presuppone un concorso delle parti nella determinazione del contenuto del contratto, ma troverà puntuale applicazione l'art. 1366 c.c. vale a dire il mandatario dovrà*

stabilire, applicando il predetto canone ermeneutico, se effettivamente vi sia contrasto tra contenuto del mandato e scopo del mandate, tale da consentirgli di porre in essere un negozio gestorio che sia qualificabile come inadempimento. Vi sarà adempimento quando il nucleo essenziale del contenuto obbligatorio sarà stato rispettato pur se le modalità esecutive si distacchino da quelle previste nel contratto”. (Carpino 2007, 90). A titolo esemplificativo si consideri il caso di un mandatario che accrediti la somma destinata dal mandante ad un terzo in una banca diversa da quella indicata dal contratto, ma con il consenso del terzo, sicuramente non vi sarà eccesso di mandato, ma, eventualmente, il risarcimento del danno, ma, qualora si dimostri che l'accreditamento in una banca diversa abbia arrecato danno al mandante e, soprattutto, che non era necessario avvalersi di un'altra banca.

Così, in applicazione di questi criteri di correttezza e buona fede, non è possibile configurare l'eccesso di mandato nelle ipotesi di difformità di lieve entità ed inoltre quando il mandatario offra di correggere l'inesattezza, accollandosi eventuali oneri e perdite economiche (Luminoso 1984, 547; Minervini 1957, 362).

Sulla base dei contributi della dottrina e della giurisprudenza si possono trarre le conclusioni sull'elaborazione dei criteri utili alla formazione del giudizio. Il punto di partenza è costituito indubbiamente dalla volontà delle parti, avvalendosi in questo di tutti gli strumenti di interpretazione soggettiva, oggettiva e di buona fede. Tuttavia è certo che non si deve considerare esclusivamente il tenore letterale delle previsioni pattizie (Luminoso 2007, 192) e la verifica dell'eccesso dal limite non può essere compiuta in termini di materiale conformità dell'atto gestorio all'oggetto del mandato.

Altro elemento da considerare è il profilo funzionale che appartiene tipicamente allo strumento del mandato in cui i risultati di un'attività gestoria compiuta dal gestore (il mandatario) devono essere attribuiti al gerito (il mandante) che, nella sua qualità di soggetto economico dell'operazione contratto, è il destinatario ultimo di tutti i risultati vantaggiosi e svantaggiosi.

In questa prospettiva la valutazione teleologica del contratto deve essere correlata a due elementi fondamentali: l'interesse del mandante e la prospettiva di rischio che il mandante si è rappresentato nel conferimento dell'incarico al mandatario.

La rappresentazione di tale rischio e la sua accettazione da parte del mandante sono gli elementi che consentono di individuare i limiti dell'area del mandato. Tutto ciò che esula tale limite non può essere imputato al mandante, ma l'economicità e i risultati dell'operazione rimangono a carico del mandatario.

Non vi è dubbio infatti che, consistendo in una obbligazione di fare, il giudizio sull'eccesso di mandato deve essere diversamente modulato

a seconda se il mandato sia generico o specifico, e a seconda dell'incidenza sulla determinazione del suo contenuto abbiano le istruzioni del mandante.

4) L'eccesso di mandato nella giurisprudenza

La giurisprudenza ha ravvisato casi di eccesso di mandato in materia di arbitrato irrituale, ad esempio nel caso in cui gli arbitri siano stati incaricati di decidere secondo diritto, mentre la decisione è stata emessa secondo equità. Nella motivazione della sentenza in oggetto si rileva che deve ritenersi ormai consolidato il principio che gli arbitri di equità ben possono decidere secondo diritto, allorché ritengano che equità e diritto coincidano, senza che sia necessario da parte degli arbitri medesimi e spiegare una tale coincidenza che può desumersi anche implicitamente. L'esistenza del vizio, eventualmente riconducibile nell'eccesso di mandato, potrebbe configurarsi infatti solo se gli arbitri si fossero preclusi a priori l'esercizio di poteri equitativi, pur conferiti, ovvero se, pur avendo riscontrato ed evidenziato una difformità fra giudizio di equità e giudizio di diritto, abbiano pronunciato, nonostante ciò, secondo diritto. (Cass. 13 marzo 1998, nr. 2741, GI, 1999, 1610).

Ancora si veda questa sentenza: *“L'eccesso di mandato nell'arbitrato irrituale è configurabile tutte le volte in cui gli arbitri si pronunzino su rapporti diversi da quelli loro sottoposti, od applicando una regola di decisione difforme da quella assegnata, quale l'equità o il diritto straniero”*. (Cass. 15 luglio 2004, nr. 13114, GI, 2005, 783).

Sempre in tema di arbitrato irrituale, l'eccesso di mandato è stato escluso in altro caso: *“In tema di arbitrato irrituale, qualora gli arbitri decidano la vertenza sottoposta al loro esame secondo diritto e non secondo equità, non è configurabile alcun eccesso dai limiti del mandato nel caso in cui agli stessi sia stato affidato il compito di esprimere le loro deliberazioni "senza formalità di procedura e secondo equità", poiché, in mancanza di limiti specificatamente prefissati, gli arbitri irrituali hanno gli stessi poteri dispositivi dei mandanti in ordine alla definizione del rapporto controverso e possono spaziare dalla transazione al mero accertamento, dalla rinuncia al pieno riconoscimento dei diritti dell'una o dell'altra parte; nè poi può ritenersi incompatibile con l'arbitrato irrituale di equità il fatto che, per pervenire alla definizione negoziale della vertenza, gli arbitri debbano interpretare norme giuridiche senza ravvisare alcuna necessità di apportare alla disciplina giuridica i temperamenti equitativi dettati dalla specifica situazione sottoposta al loro esame”*. (Cass. 10 marzo 1995, nr. 2802, Fa, 1995, 1045).

L'eccesso di mandato in applicazione dell'art. 1711, I comma, c.c. è

stato configurato in giurisprudenza in un caso di coproduzione cinematografica. Le parti avevano concordato che le somme occorrenti per realizzare il film dovevano essere divise a metà tra le società produttrici e pagate secondo lo stato di avanzamento della produzione: *“Il mandatario che esegua un pagamento ad un terzo per conto del mandante, non osservando le condizioni stabilite, non è assimilabile al terzo che adempie per il debitore ai sensi dell'art. 1180 c.c., poiché, vigendo tra le parti del rapporto di mandato la regola secondo cui il mandatario non può, nell'esecuzione dell'incarico, discostarsi dalle istruzioni ricevute dal mandante, l'atto giuridico compiuto dal mandatario medesimo oltre i limiti del mandato resta a carico dello stesso a norma dell'art. 1711, comma 1, c.c. Nè rileva che il mandante sia tenuto ad anticipare i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato, poiché la disciplina di cui all'art. 1719 c.c. è derogabile mediante patto che, pur senza escludere l'obbligo del mandante di fornire al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato, ne disciplini diversamente i tempi di attuazione”*. (Cass. 19 maggio 2004, nr. 9472, MGC, 2004, 5).

5) La legittimazione del mandatario all'esercizio dei diritti derivanti dall'atto gestorio, in caso di eccesso di mandato

La lettera dell'art. 1711, I comma, c.c. secondo cui l'atto che esorbita dal mandato resta a carico del mandatario ha favorito interpretazioni non omogenee.

Un primo orientamento ha ritenuto che gli atti viziati da eccesso di mandato non sono affetti da nullità assoluta, rilevabile d'ufficio, ma sono solo annullabili e convalidabili. In merito la Cassazione ha rilevato che: *“La legittimazione a far valere l'annullabilità del negozio stipulato dal mandatario per eccesso dai limiti del mandato spetta solo al mandante”*. (Cass. 14 giugno 1968, nr. 1913, MFI, 1968, 1563).

La lettera della legge, che non giustifica in realtà questa conclusione, impone di ricercare la corretta interpretazione attraverso il raffronto con altre norme del sistema. Procedendo dall'idea che l'eccesso di mandato consiste in una ipotesi di inadempimento delle obbligazioni del mandatario, l'applicazione della disciplina generale in materia di obbligazioni consentirebbe al creditore di rifiutare l'adempimento parziale ma ciò, come dispone l'art. 1181 c.c., *“salvo che la legge non disponga diversamente”*. L'art. 1711, I comma, c.c. contiene appunto una deroga in tal senso: *“Noi pensiamo che si debba partire dalla premessa che la finalità della disciplina dettata dall'art. 1711, I comma, c.c. per l'eccesso di mandato sia quella di contenere in limiti*

ragionevoli il principio generale fissato dalla legge all'art. 1181 c.c., la cui rigorosa applicazione in questa materia avrebbe rischiato di condurre al risultato di dover riconoscere al mandante la facoltà di rifiutare la prestazione del mandatario anche nei casi di difformità del tutto marginali tra atto compiuto e atto previsto nel mandato e soprattutto indiscriminatamente in tutte le ipotesi di cattiva cura da parte del mandatario degli interessi del mandante". (Luminoso 2007, 190).

Per questa via si perviene all'orientamento secondo cui tali atti sono solo inefficaci ed inopponibili nei confronti del mandante: *"L'atto che esorbita dal mandato resta a carico del mandatario (salva l'eventuale ratifica del mandante). Restano così a carico del mandatario tutti gli effetti economici del mandato, in particolare quelli ex artt. 1705, II comma, e 1706 c.c."*. (Carnevali 1990, 9).

Nello stesso senso questa interpretazione: *"Per quanto attiene al trattamento che la legge riserva all'eccesso di mandato, deve dirsi che in base a quanto dispone l'art. 1711, I comma, c.c. l'atto eccedente anziché essere riferibile (nella totalità del suo contenuto economico) al mandante, rimarrà nella sfera oltre che giuridica anche economica del mandatario (agente in nome proprio), al quale andranno pertanto tutti i risultati sia vantaggiosi che svantaggiosi. L'appartenere l'affare al mandatario significa che il mandato non produce in questi casi quegli effetti (di cui, ad esempio, agli artt. 1705, 1706, 1713, 1719, 1720 c.c.), che gli sono propri, diretti ad attribuire al mandante la disponibilità giuridica dei risultati della gestione". (Luminoso 2007, 195).*

Questo orientamento è confermato dalla giurisprudenza, in merito la Cassazione ha deciso che: *"Il mandatario che esegua un pagamento ad un terzo per conto del mandante, non osservando le condizioni stabilite, non è assimilabile al terzo che adempie per il debitore ai sensi dell'art. 1180 c.c., poiché, vigendo tra le parti del rapporto di mandato la regola secondo cui il mandatario non può, nell'esecuzione dell'incarico, discostarsi dalle istruzioni ricevute dal mandante, l'atto giuridico compiuto dal mandatario medesimo oltre i limiti del mandato resta a carico dello stesso a norma dell'art. 1711, comma 1, c.c."*. (Cass. 19 maggio 2004, nr. 9472, MGC, 2004, 5).

Nello stesso senso: *"Il contratto posto in essere dal mandatario oltre i limiti del mandato, in caso di mancanza di ratifica, è inopponibile al mandante ed i suoi effetti si producono nel patrimonio del mandatario, che li assume a suo carico ed ha l'obbligo di tenere indenne il mandante da qualsiasi pregiudizio che possa derivare per il suo patrimonio dalla stipulazione e dall'esecuzione del negozio". (Cass. 28 gennaio 2002, nr. 982, GC, 2002, I, 978).*

In precedenza: *"Il negozio stipulato dal mandatario eccedente i limiti del mandato non è annullabile, ma unicamente inefficace nei*

confronti del mandante, come resta confermato dal rilievo che esso è suscettibile di ratifica (art. 1711 c.c.). Ne consegue che, in mancanza di ratifica, il negozio compiuto dal mandatario eccedente dai poteri ricevuti dal mandante non è né nullo né annullabile, ma solo inopponibile nei confronti del mandante ed i suoi effetti si producono nel patrimonio del mandatario, che li assume a suo carico ed ha l'obbligo di tenere indenne il mandante da qualsiasi pregiudizio che possa derivare per il suo patrimonio dalla stipulazione e dalla esecuzione di quel negozio". (Cass. 10 marzo 1995, nr. 2802, RA, 1995, 673).

Nella motivazione si avverte che il negozio stipulato dal mandatario eccedendo i limiti del mandato non è annullabile, ma unicamente inefficace nei confronti del mandante, come resta confermato dal rilievo che esso è suscettibile di ratifica (art. 1711 cod. civ.) non già di convalida (art. 1444 cod. civ.). Ne consegue che, in mancanza di ratifica, il negozio compiuto dal mandatario eccedente i poteri ricevuti dal mandante non è né nullo, né annullabile, ma solo inopponibile nei confronti del mandante ed i suoi effetti si producono nel patrimonio del mandatario, che li assume a suo carico ed ha l'obbligo di tenere indenne il mandante da qualsiasi pregiudizio che possa derivare per il suo patrimonio dalla stipulazione e dalla esecuzione di quel negozio (Cass. 21 febbraio 1980, n. 1262, MGC, 1980, 2).

La dottrina aggiunge che l'eccesso di mandato realizza una prestazione inesatta e in questo senso si può concludere che l'ordinamento equipari l'eccesso di mandato ad un inadempimento totale dell'obbligazione del mandatario, salvo la ratifica, con la quale il mandante manifesta di fare proprio l'atto difforme: *"Dovendosi perciò configurare un inadempimento totale del mandatario, spetteranno al mandante gli ordinari mezzi di tutela ed in particolare l'azione di danni, l'azione di adempimento e l'eventuale domanda di risoluzione, a prescindere, s'intende, da un'eventuale revoca del mandato (per giusta causa)". (Luminoso 2007, 195).*

In caso di eccesso di mandato, deve essere riconosciuta al mandatario la legittimazione all'esercizio dei diritti derivanti dall'atto gestorio: *"Con riguardo al contratto stipulato dal mandatario senza rappresentanza (nella specie, vendita di azioni), l'esercizio da parte del mandante dei diritti di credito derivanti dal rapporto, in base alla facoltà di sostituzione accordata dall'art. 1705 comma 2 c.c., comporta una modificazione soggettiva del rapporto stesso, che resta costituito fra detto mandante ed il terzo, con esclusione del mandatario, e, conseguenzialmente, implica la legittimazione passiva del mandante medesimo rispetto alla domanda con cui il terzo reclama la controprestazione o chieda la risoluzione per inadempimento. Questi effetti si verificano anche quando il negozio*

posto in essere dal mandatario ecceda i limiti fissati con il mandato, atteso che l'esercizio dei crediti sorti con tale negozio è di per sé sufficiente ad evidenziare presuntivamente la volontà del mandante di ratificare l'operato del mandatario, a norma dell'art. 1711 c.c., salva restando la prova di una scusabile ignoranza in ordine all'eccedenza di detto operato rispetto all'incarico conferito". (Cass. 13 gennaio 1990, nr. 92, GC. 1990, I, 1252).

6) La ratifica dell'atto eccedente i limiti del mandato

La riferibilità al mandante degli effetti giuridici ed economici della gestione, anche in caso di eccesso di mandato, è ripristinata qualora il mandante stesso abbia effettuato "la ratifica dell'atto eccedente il mandato" (art. 1711, I comma, e art. 1712, II comma, c.c.). La ratifica è un negozio unilaterale recettizio del mandate destinato al mandatario. (Bavetta 1975, 329; Luminoso 1984, 570, Luminoso 2007, 198).

Come osservato dalla giurisprudenza: *"La ratifica consiste in una manifestazione di volontà del dominus diretta ad approvare l'operato del rappresentante o del mandatario, per la quale non sono richieste formule sacramentali, occorrendo però che la volontà di fare propri gli effetti del negozio già concluso sia manifestata in modo chiaro ed inequivoco, non necessariamente per iscritto (ove tale forma non sia richiesta per l'atto compiuto dal "rappresentante"), ma anche con atti o fatti che implicino necessariamente la volontà di far proprio il contratto e i suoi effetti: può dunque essere anche tacita, ma sempre a condizione che dal contegno del dominus o del mandante risulti in modo univoco la volontà di rendere efficace il negozio". (Cass. 8 aprile 2004, nr. 6937, MGC, 2004, 4).*

Per la sua validità ed efficacia occorre che il mandante sia a conoscenza dell'eccesso di mandato in cui il mandatario è incorso, ed abbia la volontà di appropriarsi dei risultati dell'atto eccedente il mandato. (Luminoso 1984, 570).

Sul piano effettuale si segnala che: *"L'effetto della ratifica è quello di modificare, con effetto retroattivo, l'oggetto del mandato, con il risultato che l'atto compiuto dal mandatario, considerato ex post, viene ad essere conforme alla volontà del mandante". (Carnevali 1990, 9).*

Quanto alla forma ed alle modalità della ratifica la Cassazione ha rilevato che: *"La ratifica è istituto particolare e caratteristico del fenomeno della cooperazione per il compimento di atti giuridici posti in essere da più soggetti, ed è istituto disciplinato dalla legge nel quadro della tutela accordata a quella cooperazione, in relazione quindi a tutto il complesso dei rapporti, esterni ed interni, per effetto*

dei quali un soggetto agisce per conto di altro. In secondo luogo può ritenersi pacifico che alla ratifica del mandato esercitato in nome proprio non sono applicabili le norme dettate per la ratifica del negozio concluso dal rappresentante senza poteri (poiché la disciplina ex art. 1399 cod. civ. non ha una portata così generale da estendersi ad ogni ipotesi di ratifica); e che in particolare per la ratifica ex art. 1711 cod. civ., non sono indispensabili requisiti predeterminati di forma, salvo che la forma scritta non sia richiesta per la validità del conferimento stesso dei poteri gestoriali". (Cass. 13 gennaio 1990, nr. 92, GC, 1991, I, 1557).

Lo stesso concetto sta alla base della seguente sentenza: *"Ai fini dell'accertamento dell'eccesso di mandato tanto la modificazione del mandato medesimo quanto la posteriore ratifica del mandante, assumono rilievo come "negozi" e non come "fatti"; sicché trattandosi di mandato ad alienare beni immobili, è ostativa all'ammissione delle prove orali la circostanza che tali negozi non risultino da atto scritto". (Cass. 22 gennaio 1970, nr. 140, MFI, 1970, 1364).*

Vale qui quanto sostenuto in dottrina in ordine alla ratifica e cioè che *"Questa può avvenire in modo espresso o tacito, secondo le regole generali, e cioè mediante un comportamento concludente". (Carnevali 1990, 9).*

La forma solenne della ratifica viene invece richiesta in un particolare caso: *"Circa la forma della ratifica in parola, trattandosi di un negozio modificativo del mandato, dovrebbe concludersi nel senso che la stessa richiederà una forma solenne allorquando abbia un oggetto che, ove avesse contraddistinto fin dall'origine il mandato, avrebbe richiesto per questo una forma ad substantiam". (Luminoso 2007, 199).*

In questo senso in giurisprudenza ha deciso statuendo che: *"Il negozio compiuto dal mandatario il quale si presenti privo dei poteri di rappresentanza, qualora concreti un atto esorbitante dai limiti del mandato, è passibile di ratifica da parte del mandante, senza che siano necessari i requisiti di forma, salvo che la forma scritta sia richiesta per la validità del conferimento stesso dei poteri gestori". (Cass. 13 gennaio 1990, nr. 92, GC, 1991, I, 1557).*

Altra corrente (Dominedò 1964, 131; Tilocca 1969, 627) sostiene che la ratifica dovrebbe rivestire la stessa forma originariamente richiesta per il mandato.

Esiste il problema di approfondire le differenze fra la ratifica del mandante dell'atto eccedente i limiti del mandato, disposto dall'art. 1711 c.c., e le altre manifestazioni di volontà, pure denominate con lo stesso termine, che si hanno in materia di rappresentanza in base all'art. 1399 c.c.; in materia di gestione degli affari altrui in base all'art. 2032 c.c.; in materia di pagamento eseguito dal debitore nelle

mani di chi non sia legittimato a riceverlo in base all'art. 1188 c.c. L'approfondimento delle differenze è reso possibile sottolineando che la ratifica del mandante dell'atto eccedente i limiti del mandato opera su due piani: il piano precettivo ed il piano esecutivo. La considerazione del fenomeno sul piano precettivo consente di affermare che la ratifica del mandante, diretta al mandatario, riconduce l'atto eccedente dentro il rapporto di gestione ed avvicina questa alla ratifica di cui all'art. 1399 c.c.. In proposito è stato affermato che: *“La ratifica regolata dall'art. 1711 c.c., al pari di quella prevista per la mancanza od il difetto di potere di rappresentanza, permette al ratificante di appropriarsi dei risultati (economici e rispettivamente giuridico formali) dell'atto compiuto dal sostituto in violazione delle regole della sostituzione, recuperando così al rapporto di gestione od a quello di rappresentanza un atto che, in quanto irregolarmente compiuto, altrimenti ne rimarrebbe fuori”*. (Luminoso 2007, 196).

Aderisce a questa impostazione chi osserva che: *“E' bene aggiungere che la ratifica, pur nella diversità di effetti, ha una funzione identica: legittimazione dell'interposizione. Con questa formula felice si è bene messo in luce come la ratifica non consista nella c.d. “appropriazione degli effetti”, perché nella rappresentanza senza potere si tratta, tra l'altro, di rendere efficace l'atto”*. (Carpino 2007, 93).

Invece la considerazione dei fenomeni sul piano esecutivo porta a sottolineare che la ratifica esprime una dichiarazione del mandante di equivalenza dell'atto difforme a un atto conforme al mandato e consente di avvicinare questa alla ratifica dell'art. 1188 c.c.: *“Quanto alle affinità tra la ratifica in esame e quella prevista in relazione all'ipotesi di pagamento eseguito dal debitore a soggetto non legittimato a riceverlo (art. 1188 c.c.), è sufficiente sottolineare come, sia nell'uno che nell'altro caso, di fronte alla prestazione debitoria inesattamente eseguita, la dichiarazione del creditore conduce ad una equiparazione della stessa ad un esatto adempimento”*. (Luminoso 2007, 197).

Altra dottrina mette in luce un diverso aspetto che emerge dal raffronto: *“A differenza della ratifica prevista dall'art. 1399 c.c., che consente all'atto posto in essere dal rappresentante di produrre i suoi effetti fin dal momento della conclusione dell'atto medesimo (con salvezza dei diritti dei terzi), nella nostra materia, essendo l'atto del mandatario efficace in quanto concluso in nome di costui, la ratifica ha il diverso effetto di ricondurre l'atto eccedente i limiti del mandato nel contenuto del contratto stesso, modificandolo in modo retroattivo”*. (Carpino 2007, 93).

7) Abuso di mandato ed inapplicabilità dell'art. 1711 c.c. fuori dall'ipotesi qualificabile come eccesso di mandato

E' orientamento diffuso quello secondo cui la disciplina dettata dall'art. 1711, I comma, c.c. sia applicabile solo alle ipotesi qualificabili come eccesso di mandato e non operi per ipotesi diverse e quindi non possa applicarsi in ipotesi di negligente esecuzione o di abuso di mandato, né nei casi in cui, verificandosi i presupposti dell'art. 1710, II comma, c.c. e qualora l'atto risulti conforme all'oggetto del mandato, il mandatario ometta di avvertire il mandante, né in quelli in cui, sussistendo i presupposti per l'art. 1711, II comma, c.c., il mandatario anziché discostarsi dalle istruzioni ricevute o astenersi dal compimento dell'affare, ponga in essere ugualmente l'atto gestorio.

In questi casi il mandante ha a disposizione gli ordinari rimedi a fronte dell'inattuazione del rapporto di mandato e cioè l'azione di risarcimento dei danni per responsabilità contrattuale, l'azione di risoluzione per inadempimento del mandatario.

Si deve all'elaborazione dottrinale, talvolta seguita dalla giurisprudenza, la distinzione fra eccesso di mandato ed abuso di mandato. L'ipotesi di eccesso di mandato, nonostante la varietà di opinioni, è sufficientemente precisa in quanto trae origine da una fattispecie normativa espressamente prevista che porta a qualificare come tale l'atto gestorio difforme dall'oggetto dell'incarico. Accanto a questa ha preso corpo una figura incerta nei contorni e nel contenuto, genericamente determinata come "abuso di mandato", nella quale sono state fatte confluire varie ipotesi di cattiva cura dell'interesse del mandante quali, ad esempio, il mandato svolto in conflitto di interessi, la dolosa utilizzazione del mandato da parte del mandatario per cura dell'interesse proprio o di un terzo a svantaggio del mandante (Bavetta 1975, 327).

La distinzione fra eccesso di mandato ed abuso di mandato addirittura si stempera quando si ritiene di estendere all'abuso di mandato il trattamento normativo dell'eccesso di mandato di cui all'art. 1711, I comma, c.c. Il possibile superamento di queste difficoltà ricostruttive sembra affacciarsi da parte di chi considera che: *"Ricomprendendo genericamente nell'abuso di mandato qualunque ipotesi di negligente o infedele cura dell'affare da parte del mandatario, la conclusione sarebbe, in ogni caso, che l'abuso può concretare a seconda dei casi o un eccesso di mandato o un inadempimento il quale non implica un eccesso. Con la differenza che, mentre nel primo caso l'atto gestorio, salva un'eventuale ratifica, resterà anche economicamente "a carico" del mandatario, nel secondo sarà riferibile, come di consueto, al mandante il quale vanterà tuttavia una ragione di danni nei confronti del mandatario"*. (Luminoso 2007, 194).

Il problema si è posto con riguardo al mandato nell'ambito di un arbitrato irrituale. Ravvisato l'abuso di mandato, si è ritenuta non applicabile la soluzione dell'art. 1711, I comma, c.c. (che imputa al solo mandatario i risultati dell'attività gestoria) e quindi è stata affermata ugualmente la riferibilità ai mandanti del risultato del mandato: *“L'averne gli arbitri irrituali fatto mal governo del diritto applicabile rappresenta un abuso di mandato, che non inficia la riferibilità ai mandanti del decisum arbitrale”*. (Cass. 15 luglio 2004, nr. 13114, GI, 2005, 783).

Sempre in materia di arbitrato irrituale, la giurisprudenza ha escluso la configurabilità dell'eccesso di mandato, ma ammesso quella di abuso di mandato: *“L'utilizzo del criterio di decisione del diritto, anziché di quello dell'equità, integra un abuso di mandato, e non un eccesso di mandato, la cui conseguenza non è l'invalidità del lodo irrituale, bensì la responsabilità degli arbitri verso le parti”*. (Cass. 13 marzo 1998, nr. 2741, GI, 1999, 1610).

Venendo alla determinazione delle conseguenze giuridiche, la Corte ha deciso che l'abuso di mandato porta non alla invalidità dell'atto gestorio, e pertanto non si può parlare di annullabilità dell'atto; viene invece confermato il diritto dei mandanti al risarcimento del danno: *“L'utilizzo del criterio di decisione del diritto, anziché di quello dell'equità, integra un abuso di mandato, e non un eccesso di mandato, la cui conseguenza non è l'invalidità del lodo irrituale, bensì la responsabilità degli arbitri verso le parti”*. (Cass. 13 marzo 1998, nr. 2741, GI, 1999, 1610).

8) Eccesso di mandato ed eccesso di procura

E' stato affrontato il problema inerente le conseguenze di eccesso di mandato in ipotesi di mandato con rappresentanza, ovvero nel caso in cui al mandatario sia stato conferito non soltanto il potere di agire per conto, ma anche in nome del rappresentato.

Si deve osservare che in ipotesi di conformità di contenuto tra procura e mandato, l'eccesso di mandato comporta anche un eccesso di procura (Carpino 2007, 91; Luminoso 1984, 55).

Sul piano delle conseguenze giuridiche, occorre distinguere il rapporto esterno verso il terzo ed il rapporto interno fra mandante e mandatario: l'atto gestorio rappresentativo è inefficace nei confronti del terzo, come si evince dal disposto degli artt. 1398 e 1399 c.c., resta infatti la responsabilità precontrattuale dello pseudo – rappresentante e la possibilità giuridica di assegnare efficacia all'atto eccedente il potere di rappresentanza attraverso la ratifica del rappresentato; nel rapporto costituito dal contratto di mandato, si ha inadempimento dell'obbligazione del mandatario in termini analoghi

all'omissione del mandato. Infatti viene osservato che: *“Poiché in queste ipotesi l'atto gestorio è inefficace, la situazione che si crea è equivalente, sul piano del rapporto di gestione, a quella dell'omessa esecuzione del mandato (inadempimento totale)”*. (Luminoso 2007, 1994).

Sul tema si rintracciano ulteriori conferme: *“Se vi è coincidenza tra procura e mandato, può però accadere che il rappresentante ponga in essere un atto che confligga con gli interessi del rappresentato. In tale ipotesi, dovendosi applicare la disciplina prevista dall'art. 1394 c.c., l'atto sarà annullabile se il conflitto di interessi sia conosciuto o conoscibile dal terzo. Se si verifica tale ipotesi, il rappresentato potrà chiedere l'annullamento dell'atto e il risarcimento del danno gli spetterà in quanto l'annullamento medesimo non abbia eliminato tutti i pregiudizi; in diversa ipotesi, ferma la validità dell'atto compiuto del rappresentante, la parte potrà invocare titolo al risarcimento del danno in quanto, tra l'altro, vi sia stato inadempimento degli obblighi nascenti dal mandato”*. (Carpino 2007, 91).

In alcuni contributi, tuttavia, viene rilevato che può accadere che l'atto concretamente compiuto dal mandatario ecceda il mandato, ma non la procura e ciò si verifica nel caso in cui la procura abbia un oggetto più ampio rispetto al mandato. In queste fattispecie si sostiene che il negozio gestorio sarà efficace nei confronti del terzo contraente e rimarrà a carico del mandatario ai sensi dell'art. 1711, I comma, c.c. In giurisprudenza si segnala la seguente decisione: *“Sussiste eccesso di mandato qualora il mandatario nell'esecuzione dell'incarico persegua uno scopo diverso od incompatibile con quello prefissogli dal mandante o quanto meno non corrispondente alla volontà di costui; allorquando nel mandato con rappresentanza l'eccesso si ponga nei confronti dei terzi come esorbitanza della procura, con tanto maggior rigore occorre ricercare i su indicati presupposti in quanto, avendo un ambito più ampio l'eccesso di mandato rispetto a quello della procura, ben può l'atto extra mandatum rientrare nei limiti di questa”*. (Cass. 8 febbraio 1968, nr. 417).

La dottrina considera due classi di fenomeni diversi: da un lato eccesso ed abuso di mandato, dall'altro abuso della rappresentanza, che si può configurare nel caso in cui il rappresentante agisca in conflitto di interessi o abbia concluso un contratto con se stesso (art. 1394 c.c.), in presenza di presupposti per la sua annullabilità (art. 1395 c.c.).

L'ordinamento prevede l'ipotesi dell'eccesso di mandato, che si verifica quando il mandatario nell'esecuzione dell'incarico esorbiti i limiti del mandato, e che identifica un conflitto fra mandante e mandatario che trova soluzione nell'art. 1711 c.c., per cui le conseguenze giuridiche ed economiche dell'atto gestorio rimangono a

carico del mandatario e non sono riferibili al mandante. In altra parte del codice è previsto l'eccesso di procura che si ha quando il rappresentante agisce senza potere o meglio eccedendo i limiti delle facoltà conferitogli. Il conflitto che oppone il rappresentante al terzo è risolto nel senso che il falsus procurator è responsabile del "danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto".

Per stabilire cosa succede nel caso in cui si abbia un mandato con rappresentanza in cui il mandatario è legittimato ad agire non solo per conto, ma anche in nome del rappresentato occorre determinare la disciplina giuridica applicabile, e, al riguardo, viene osservato che: *"Ove l'atto rappresentativo venga annullato ex art. 1394 e 1395 c.c., mancheranno i presupposti stessi per l'applicazione dell'art. 1711, I comma, c.c. e si porrà unicamente il problema di tutela del mandante contro l'inadempimento totale del mandatario. Ove invece l'atto non venga annullato, per mancanza ad esempio di taluno dei presupposti richiesti dall'art. 1394 c.c., verrà a configurarsi, sul piano del rapporto di gestione, un inesatto adempimento del mandatario il quale, a seconda che integri o no un eccesso di mandato, sarà soggetto alle rispettive discipline"*. (Luminoso 2007, 194).

9) Eccesso di mandato e gestione degli affari altrui

E' sorto il problema se l'atto che eccede i limiti fissati nel mandato sia rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina della gestione di affari altrui disposta dall'artt. 2025 ss. c.c.

In senso positivo si è espressa la dottrina dominante che ritiene che l'atto eccedente, in quanto estraneo del mandato, in via di principio è suscettibile di assumere rilevanza dal punto di vista della disciplina delle negotiorum gestio. In senso affermativo è stato sostenuto che: *"Deve ritenersi, in particolare, che i risultati pratici dell'atto eccedente possano essere riversati sul soggetto mandante in base agli artt. 2028 e ss. non soltanto quando esso risulti diverso ma anche quando appaia incompatibile con l'oggetto dell'originario mandato. E ciò in quanto nell'intervallo fra la stipulazione del mandato ed il compimento dell'atto eccedente potrebbe essere maturata una situazione tale da far apparire l'atto stesso ancora incompatibile con il mandato originario, ma utile e ormai conforme agli interessi del soggetto mandante al momento appunto del compimento di tale atto"*. (Luminoso 2007, 193).

La giurisprudenza ha escluso che l'attività eccedente i limiti del mandato possa essere qualificata, sempre che ne ricorrano i presupposti, come negotiorum gestio. Si consideri in proposito la seguente massima secondo cui: *"L'elemento peculiare che diversifica*

la gestione di affari altrui da tutte le altre ipotesi in cui l'attività svolta per conto dei terzi costituisce l'adempimento di un obbligo legale o convenzionale del cooperante, è dato dalla spontaneità dell'intervento del gestore, e quindi dalla mancanza di un qualsivoglia rapporto giuridico in forza del quale il gestore sia tenuto ad intervenire nella sfera giuridica altrui". (Cass. 30 novembre 1988, nr. 6499, Foro, it, 1988, nr. 1).

Occorre sottolineare che l'atto eccedente i limiti presuppone l'obbligo del mandatario di eseguire l'atto gestorio, mentre l'utile gestione è configurabile solo ed esclusivamente in mancanza di un obbligo, infatti la lettera dell'art. 202 c.c. stabilisce che "Chi, senza esservi obbligato ...".

10) Deviazioni consentite dal mandato (art. 1711, II comma, c.c.)

La norma dell'art. 1711, II comma, c.c. consente al mandatario di discostarsi dalle istruzioni ricevute, in presenza dei seguenti presupposti: sopravvenienza di circostanze ignote al mandante, impossibilità per il mandatario di comunicare in tempo il sopraggiungere di queste circostanze; situazione tale da consentire di ritenere ragionevolmente che, se conosciute, il mandante avrebbe dato la sua approvazione.

Per quanto attiene le "circostanze" che legittimano la deviazione, queste possono essere non soltanto "sopravvenute", ma anche "antecedenti" o "contemporanee" alla conclusione del mandato. Infatti il presupposto fattuale della fattispecie normativa è che quelle indicate dalla norma in esame siano "circostanze ignote al mandante". Il problema interpretativo consiste nel verificare il tenore della deviazione dalle istruzioni del mandante consentita al mandatario.

E' orientamento costante che, qualora le circostanze lo impongono, il mandatario abbia non solo la facoltà ma addirittura, se il caso lo richieda, l'obbligo di discostarsi dalle istruzioni ricevute e l'obbligo di astenersi dall'eseguire l'incarico ricevuto, tutto questo in applicazione del dovere di diligenza e dell'obbligazione di salvaguardia che grava sul mandatario. In giurisprudenza si trovano conferme di questo orientamento come risulta dalla seguente massima: "*L'ordine di borsa per l'acquisto di azioni nella forma del contratto a premio semplice, denominato dont (contratto che conferisce all'acquirente la facoltà di scegliere, entro un determinato termine di scadenza, fra il ritiro dei titoli acquistati, dietro pagamento del prezzo maggiorato del premio, o il recesso dall'acquisto di detti titoli con abbandono del premio), determina per chi lo riceve - quale che si ritenga essere la natura dell'ordine di borsa, e anche se si dubiti trattarsi di un vero e proprio mandato*

all'acquisto - un dovere di esecuzione connotato da obblighi di diligenza, la quale si riferisce anche all'esercizio della facoltà di scelta sopra richiamata, e di rispetto dei principi di correttezza e buona fede, che presidiano ogni tipo di esecuzione contrattuale e che, in ogni ipotesi di gestione di affari altrui, sono caratterizzati dalla diligenza richiesta in tema di mandato dagli art. 1710 ss. c.c.; ne consegue che ai medesimi principi si ricollega anche l'obbligo, specificamente previsto dal comma 2 dell'art. 1711 c.c., di discostarsi dalle istruzioni ricevute (ancorché eventualmente queste siano rigide e specifiche) solo quando si profilino circostanze nuove, che non sia possibile comunicare al mandante in tempo utile, ma in presenza delle quali sia ragionevole presumere l'approvazione del medesimo mandante". (Cass. 20 dicembre 2005, nr. 28260, MGC, 2005, 12).

Nello stesso senso è la decisione sul caso in cui un consorzio aveva incaricato la Banca di accreditare una somma di dollari su un conto transitorio per la partecipazione ad un appalto. La banca aveva provveduto all'acquisto di dollari in un giorno in cui la quotazione di questa moneta aveva avuto un rialzo anomalo. Di qui la richiesta di condanna della Banca al risarcimento dei danni. Portata la questione davanti alla Suprema Corte questa ha così motivato la sua decisione: *"Con il secondo motivo, denunziandosi violazione o falsa applicazione degli artt. 1710, primo comma e 1711, secondo comma, c.c., nonché vizio di motivazione, si deduce che la Corte d'appello, affermando che la previsione di discostarsi dal mandato contenuta nel secondo comma dell'art. 1711 c.c. non concreta un obbligo ma che il mancato esercizio di detto potere concreta violazione dell'obbligo di diligente esecuzione del mandato previsto dall'art. 1710, primo comma, c.c., ha omissis di rilevare: che la facoltà del mandatario di discostarsi dal mandato importa per lui il solo obbligo di non eccedere i limiti del mandato e che il criterio di diligenza è posto a tutela anche del mandatario nella previsione dell'art. 1711, secondo comma, c.c., e pertanto l'eventuale errore da costui commesso nell'esecuzione sarebbe irrilevante, essendo per contro decisivo al fine l'accertamento dell'uso della diligenza impiegata nel ponderare le esigenze del mandante con le circostanze concrete sopravvenute. Il motivo è infondato. La Corte d'appello, dopo aver affermato che il discostarsi dal mandato non costituisce un obbligo, e quindi costituisce una facoltà, ha individuato il difetto di diligenza del mandatario nel non aver agito in conformità al ragionevolmente presunto volere del mandante. La Corte cioè ha affermato che la facoltà del mandatario non può estendersi fino a comprendere un suo comportamento che diverga da quello che il mandatario stesso ragionevolmente debba presumere sarebbe stato il comportamento voluto dal mandante. E siffatta interpretazione deve ritenersi corretta poiché la norma, disponendo che "il mandatario può discostarsi*

dalle istruzioni ricevute qualora circostanze ignote al mandante... facciano ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione", correla il discostarsi dal mandato al - sia pur presunto ragionevolmente - volere del mandante in tal senso. Tale volere cioè, se ragionevolmente presunto dal mandatario, nella considerazione del legislatore assume sempre valore prevalente: e ciò per la ovvia considerazione che è l'interesse del mandante che è in gioco, e quindi sarebbe contrastante con il principio di autodeterminazione e di disponibilità spettante a ciascuno che i suoi interessi siano regolati in maniera diversa da quella da lui ritenuta. La correttezza dell'interpretazione trova conferma nella sentenza di questa Corte n. 12647-1995, la quale ha affermato che l'uso del verbo "può" nella norma "stia unicamente a sottolineare il margine di discrezionalità tecnica (sempre inerente a valutazioni di questo tipo), ma non certo ad escludere l'obbligatorietà giuridica, per il mandatario, dei comportamenti suggeriti da una scelta tecnica correttamente concepita". (Cass. 26 febbraio 1998, nr. 2079, GC, 1998, I, 929).

Ancora in giurisprudenza si veda la seguente massima: *“Il mandatario deve curare diligentemente l'interesse del mandante. Il sopravvenire di circostanze nuove e idonee a riflettersi sull'interesse dedotto in contratto impone per prima cosa al mandatario di comunicare dette circostanze al mandante. Qualora la tempestiva comunicazione non sia possibile, sorge per il mandatario l'obbligo di discostarsi dalle istruzioni ricevute nel caso in cui la verifica della loro congruità alle nuove emergenze approdi ad una valutazione negativa. L'attenersi ancora a quelle istruzioni, lungi dal configurare un corretto adempimento degli obblighi contrattuali, costituisce per il mandatario una violazione del dovere di diligenza”. (Cass. 11 dicembre 1995, nr. 12647, GI, 1997, I, 1, 518).*

CAPITOLO VII

LE OBBLIGAZIONI DEL MANDANTE

1) Obbligazioni ed oneri a carico del mandante

Dal contratto di mandato non sorgono soltanto obblighi a carico del mandatario, ma sorgono obblighi anche a carico del mandante.

Tali obblighi sono disciplinati dagli artt. 1719, 1720 e 1721 c.c. e si riferiscono essenzialmente ai mezzi necessari per l'esecuzione del mandato, alle spese ed al compenso dovuto al mandatario, ai diritti che quest'ultimo può vantare a titolo di interessi compensativi sulle anticipazioni fatte, nonché a titolo di risarcimento per i danni subiti.

Si tratta di obblighi diversi, anche se unica è la loro fonte: alcuni, come quelli relativi al compenso ed al rimborso delle spese, attengono all'onerosità del rapporto e sono quindi espressione della corrispettività del mandato; gli altri, invece, cioè quelli relativi all'erogazione da parte del mandante, di tutti i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato, solo in senso lato sono giustificabili in relazione alla corrispettività del contratto, spiegandosi piuttosto in base alla considerazione che l'attività del mandatario è preordinata ed eseguita nell'interesse preminente del mandante ed è quindi logico, oltre che giuridicamente doveroso, che questi faccia tutto quanto possibile per facilitarne l'espletamento.

Ne consegue che nel sistema della legge non è soltanto il mandatario che deve cooperare per il raggiungimento del risultato prefissosi dal mandante, ma è anche quest'ultimo che è tenuto ad adoperarsi per il medesimo fine. In tal modo, il mandante non si colloca in posizione di mera attesa del risultato ma deve attivamente collaborare al fine di agevolare l'esecuzione del mandato.

Opportunamente la giurisprudenza ha evidenziato che il disposto dell'art. 1719 c.c., che introduce le obbligazioni del mandante, è applicabile sia al mandato con rappresentanza sia al mandato senza rappresentanza. Così nel contratto di organizzazione di viaggio è stato ravvisato un contratto di mandato con rappresentanza ed in tale ambito è stato ritenuto applicabile l'art. 1719 c.c., infatti: *“Il contratto di organizzazione di viaggio concluso da un agente intermediario per il viaggiatore dà luogo ad un rapporto diretto tra viaggiatore e organizzatore di viaggi, ma tra il viaggiatore e l'intermediario che faccia constare tale sua qualità nei documenti di viaggio sorge anche un contratto di mandato caratterizzato da poteri di rappresentanza. Pertanto il viaggiatore è tenuto, ex art. 1719 c.c. a somministrare all'intermediario i mezzi necessari per l'esecuzione del*

mandato e qualora l'agente, in forza di questo rapporto, assuma l'obbligo verso l'organizzatore del pagamento del corrispettivo e delle penali per l'annullamento del viaggio, il viaggiatore è tenuto a rimborsargli i fondi eventualmente anticipati per tali pagamenti". (Cass. 28 novembre 2002, nr. 16868, Contr, 2003, 575).

La giurisprudenza ha inoltre avvertito la differenza fra l'art. 1719 c.c. e l'art. 1720 c.c. come risulta dalla seguente massima: *"Il mandatario per ripetere dal mandante la somma di denaro dovuta ad un terzo a titolo di penale per l'inadempimento, per fatto e colpa del mandante, della obbligazione contratta, a proprio nome, al fine di dare esecuzione al mandato, deve provare l'effettivo esborso della somma al terzo, non trattandosi di mezzo occorrente per l'adempimento dell'obbligazione ex art. 1719 c.c., bensì rientrando tale situazione nella disciplina del comma 2 dell'art. 1720 c.c., a tenore del quale "il mandante deve risarcire i danni che il mandatario ha subito a causa dell'incarico".* (Cass. 4 giugno 1991, nr. 6306, GC. 1991, I, 2643).

2) La somministrazione al mandatario dei mezzi necessari per l'esecuzione del mandato

L'art. 1719 c.c. dispone che il mandante, salvo patto contrario, è tenuto a somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato ed i mezzi necessari per l'adempimento delle obbligazioni che a tal fine il mandatario stesso ha contratto in nome proprio.

La natura giuridica della posizione del mandante nelle due situazioni, non è qualificata in termini univoci e, in ogni caso, le interpretazioni offerte distinguono la prima dalla seconda ipotesi. Riguardo alla prima, avente ad oggetto la somministrazione al mandatario dei mezzi necessari per l'esecuzione del mandato, è stata configurata un'obbligazione a carico del mandante, sia pure di carattere secondario (Bavetta 1975, 344; Bile 1961, 160; Minervini 1957, 114). Con diverso intendimento, invece, è stato affermato che anteriormente all'esecuzione del mandato: *"La prima non concreta in realtà un'obbligazione ma un onere di cooperazione del mandante (ex art. 1206 c.c.), essendo diretto in tal caso il comportamento dello stesso unicamente ad agevolare l'adempimento da parte del mandatario. A tale onere potrà aggiungersi un vero e proprio obbligo, nei casi nei quali la collaborazione in parola abbia anche la funzione di realizzare un ulteriore e distinto interesse del mandatario, come accade, tipicamente, nel caso di mandato conferito anche nell'interesse del mandatario (art. 1723 c.c.)".* (Luminoso 2007, 128).

L'obbligazione prevista dall'art. 1719 c.c. esiste anche nel caso in cui

il mandato è attribuito nell'interesse congiunto, del mandante e del mandatario, e quindi in rem propriam. In questo caso rimane fermo, salvo patto contrario, l'obbligo del mandante di fornire i mezzi per l'adempimento del contratto, come rileva la seguente massima secondo cui: *“Anche nel caso in cui il mandato può considerarsi attribuito nell'interesse di entrambi le parti contraenti, rimane fermo, salvo patto contrario, l'obbligo del mandante di fornire i mezzi per l'adempimento del contratto, da lui già stipulato, al mandatario incaricato del pagamento”*. (Cass. 9 ottobre 1971, nr. 2802, MFI, 1971, 2802).

Merita considerazione il tempo in cui il mandante deve somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato e, a tale riguardo, si può distinguere l'onere dall'obbligo. La prospettiva dell'onere può ammettersi solo anteriormente all'esecuzione del mandato perché, come osservato in letteratura, quando l'atto gestorio è compiuto, esiste solo l'obbligazione del mandante di somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato: *“A differenza dell'ipotesi precedente, il mandatario ha concluso un contratto che lo obbliga nei confronti del terzo; quest'ultimo ha diritto di agire per l'adempimento dell'obbligo correlato al suo credito, esclusivamente nei confronti del mandatario, senza che questi possa opporre la mancata corresponsione dei mezzi da parte del mandante, per conto del quale ha concluso il contratto. Ne segue, del tutto pienamente, che il mandatario dovrà adempiere con in beni di sua proprietà; ma dell'esecuzione della prestazione per conto altrui, deriva un diritto di credito nei confronti del mandante alla corresponsione delle somme, maggiorate degli interessi corrispettivi”*. (Carpino 2007, 115).

3) Adempimento degli oneri e delle obbligazioni di somministrare

Per quanto concerne il contenuto degli oneri e degli obblighi previsti dall'art. 1719 c.c. si deve rilevare che: *“Essi possono comprendere qualsiasi tipo di prestazione (consegnare, fare o dare) e che in caso di prestazione di consegnare oggetto della stessa potranno essere cose di genere (ad esempio denaro) che di specie”*. (Luminoso 2007, 128).

Tale impostazione è seguita anche in giurisprudenza come emerge dalla seguente massima: *“Nel caso in cui venga conferito ad una banca il mandato di incassare somme di danaro dall'estero in nome e per conto del mandante, incombe al mandante ex art. 1719 c.c. l'onere di presentare alla banca mandataria la documentazione valutaria necessaria per l'accreditamento della somma, o almeno di fornirle gli estremi dell'operazione di esportazione compiuta, perché*

essa possa assumere le necessarie informazioni presso la banca emittente del benessere valutario". (App. Milano 22 giugno 1983, BBTC, 1985, II, 363).

In merito al tempo per l'esecuzione della prestazione, si afferma che i mezzi necessari per l'attuazione del mandato vanno somministrati in relazione alla necessità e quindi, se ne ricorrono i presupposti, anche subito dopo la conclusione del mandato (Bile 1961, 160; Luminoso 1984, 361), e che la somministrazione dei mezzi per adempiere alle obbligazioni contratte dal mandatario in nome proprio deve avvenire di regola successivamente alla conclusione del negozio gestorio, ma prima che le obbligazioni contratte dal mandatario divengano esigibili (Bile 1961, 160; Luminoso 1984, 362; Minervini 1957, 114).

Con riferimento a questo profilo nella giurisprudenza di merito è stato così deciso: *"I rapporti di noleggio e di distribuzione di films sono, per la loro struttura, assimilabili, rispettivamente, alla locazione ed al mandato; di conseguenza, ai medesimi sono applicabili in via analogica da un lato gli artt. 1575 n. 3 e 1585 c.c., dall'altro l'art. 1719 c.c., i quali impongono al locatore di garantire al conduttore il pacifico godimento delle cose locate ed al mandante di fornire al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato. Nella fattispecie, pertanto, la "Blues Film", cedente dei diritti di utilizzazione economica di opere cinematografiche, si pone nei confronti della "T.V.S. Departement Telecinema", cessionaria di questi diritti, in una situazione parificata a quella del locatore nei confronti del conduttore o del mandante nei confronti del mandatario, e, perciò, è obbligata sia a garantire il pacifico godimento dei diritti trasmessi, sia a fornire i mezzi indispensabili per consentire di far portare a compimento il mandato conferito*". (Trib. Roma 28 giugno 1979, DA, 1980, 42).

Per ottenere dal mandante le prestazioni previste dall'art. 1719 c.c. (analogamente per quanto previsto dall'art. 1720 c.c.), e in particolare la somministrazione dei mezzi per l'adempimento delle obbligazioni assunte in nome proprio in esecuzione del mandato, il mandatario ha l'onere della prova: *"Il mandatario che agisce in giudizio per il recupero delle spese e degli esborsi sopportati per l'esecuzione dell'incarico (art. 1720 c.c.) deve fornire la dimostrazione dei fatti che ne costituiscono il fondamento, e cioè dell'esecuzione del negozio gestorio e dell'esborso effettuato in occasione di esso, restando invece a carico del mandante - che quel diritto contesti - di provare l'adempimento del proprio obbligo di tenere indenne il mandatario da ogni diminuzione patrimoniale, attraverso effettuate anticipazioni (ex art. 1719 c.c.) o per via di rifusione (ex art. 1720 c.c.), a seconda che l'eccezione di avvenuto adempimento si ricolleggi a fatti anteriori o successivi al pagamento a terzi da parte del mandatario medesimo*". (Cass. 3 novembre 1984, nr. 5573, MGC, 1984, 11).

Anche in questo caso nel rapporto fra mandante e mandatario, vige la regola della correttezza e della buona fede: *“In tema di adempimento delle obbligazioni ed in ipotesi di esecuzione del mandato, sia il mandante che il mandatario devono comportarsi, nell'adempimento delle rispettive obbligazioni contrattuali, secondo le regole della correttezza. Ne consegue che non può affermarsi la responsabilità del mandatario senza in alcun modo porre la condotta da questi tenuta in relazione al comportamento del mandante il quale, ai sensi dell'art. 1719 c.c., "salvo patto contrario, è tenuto a somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato e per l'adempimento delle obbligazioni che a tal fine il mandatario ha contratto in proprio nome". (Cass. 13 ottobre 2003, nr. 15273, DR, 2004, 679).*

Il diritto del mandatario e simmetricamente l'obbligazione di somministrazione a carico del mandante è stato escluso poiché i pagamenti, per la cui esecuzione il mandatario era stato incaricato, erano stati eseguiti senza rispettare lo stato di avanzamento del cortometraggio: *“Il mandatario che esegua un pagamento ad un terzo per conto del mandante, non osservando le condizioni stabilite, non è assimilabile al terzo che adempie per il debitore ai sensi dell'art. 1180 c.c., poiché, vigendo tra le parti del rapporto di mandato la regola secondo cui il mandatario non può, nell'esecuzione dell'incarico, discostarsi dalle istruzioni ricevute dal mandante, l'atto giuridico compiuto dal mandatario medesimo oltre i limiti del mandato resta a carico dello stesso a norma dell'art. 1711, comma 1, c.c. Né rileva che il mandante sia tenuto ad anticipare i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato, poiché la disciplina di cui all'art. 1719 c.c. è derogabile mediante patto che, pur senza escludere l'obbligo del mandante di fornire al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato, ne disciplini diversamente i tempi di attuazione”. (Cass. 19 maggio 2004, nr. 9472, MGC, 2004, 5).*

Lo scioglimento del mandato per revoca, ai sensi dell'art. 1722 nr. 2 c.c., non comporta l'estinzione dell'obbligazione del mandante di somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'adempimento delle obbligazioni assunte in esecuzione del mandato: *“La revoca del mandato, di cui al n. 2 dell'art. 1722 c.c., ha natura di recesso unilaterale con efficacia "ex nunc", priva di effetti estintivi rispetto al rapporto e dotata della capacità di paralizzare l'efficacia del rapporto stesso per il futuro, ossia da quando la relativa dichiarazione di volontà sia stata indirizzata al mandatario e sia decorso l'eventuale preavviso. Ne consegue che la revoca non elimina l'attività gestoria compiuta dal mandatario, restando salvi gli effetti del contratto verificatisi anteriormente alla dichiarazione di revoca, ed il mandante è tenuto a far fronte alle obbligazioni in precedenza*

contratte per suo conto dal mandatario nei confronti dei terzi, per quanto non ancora eventualmente esigibili". (Cass. 11 agosto 2000, nr. 10739, GC, 2001, I, 1025).

4) Il patto contrario di cui all'art. 1719 c.c.

La legge fa salvo il "patto contrario" cioè una disciplina pattizia che, tuttavia, non può comportare un esonero totale del mandante dall'anticipazione e dal rimborso delle spese perché, altrimenti, si cadrebbe fuori dalla fattispecie contrattuale di mandato (Bavetta 1975, 345; Luminoso 1984, 362; Santagata 1998, 431).

In merito la dottrina rileva che: *"Considerata tuttavia la funzione delle situazioni soggettive in esame, deve ritenersi che il patto contrario "fatto salvo" dall'art. 1719 c.c., possa concernere il solo profilo temporale, non anche avere ad oggetto l'esclusione in assoluto della somministrazione. Ed infatti ove le parti avessero esonerato il mandante anche dall'obbligo di rimborso delle spese si sarebbe fuori dal mandato, come dimostra l'art. 1720 che non contempla la possibilità di patto contrario"*. (Luminoso 2007, 129).

L'inammissibilità di un patto come sopra configurato deriverebbe da una violazione dell'art. 1322, I comma, c.c., ove dispone che le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge, realizzandosi così non tanto una violazione che attiene al momento causale del contratto quanto lo stravolgimento del tipo.

Per il patto contrario, cui allude l'art. 1719 c.c., vige il principio della libertà di forma e quindi può avvenire anche in forma tacita: *"Il patto contrario (per cui è il mandatario che anticipa i mezzi necessari per l'esecuzione dell'incarico e ne chiede poi il rimborso al mandante) può risultare anche tacitamente, ad esempio dal fatto che il mandatario esegua l'incarico senza chiedere tali anticipazioni al mandante"*. (Carnevali 1990, 9).

5) Conseguenze dell'inadempimento delle prestazioni a carico del mandante

Nella prospettiva della mancata esecuzione delle prestazioni di somministrare al mandatario quanto previsto dall'art. 1719 c.c., bisogna distinguere le due ipotesi, prima configurate, cioè: l'onere di somministrare i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato e l'obbligazione di somministrare i mezzi necessari per l'adempimento delle obbligazioni che a tal fine il mandatario ha contratto in nome proprio.

In caso di mancata esecuzione della somministrazione dei mezzi necessari per l'esecuzione del mandato, prima del compimento dell'atto gestorio, abbiamo il mancato rispetto di un onere. Pertanto il mandatario: può avvalersi dei mezzi di tutela costituiti dalla mora de creditore e dalla liberazione coattiva del debitore (art. 1206 ss. c.c.); potrà anche rifiutare legittimamente di dare esecuzione al mandato; potrà richiedere il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 1207, III comma, c.c.; , il mandatario non è legittimato a proporre azione di condanna del mandante alla somministrazione dei mezzi necessari per l'esecuzione del mandato, al di fuori del caso in cui il mandato sia stato conferito anche nell'interesse del mandatario medesimo; il mandatario, inoltre, può eventualmente rinunciare al mandato, ricorrendo una giusta causa; in caso di mandato oneroso non è configurabile una risoluzione per inadempimento perché, in questo caso, manca l'inesecuzione di un'obbligazione o di altra attribuzione patrimoniale a carico del mandante.

In caso di inadempimento dell'obbligazione del mandante di somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'adempimento delle obbligazioni contratte per suo conto, ma in nome proprio, il mandatario può esperire azione di esatto adempimento, salvo il risarcimento del danno sofferto.

6) Obbligazione di rimborsare le anticipazioni effettuate dal mandatario

L'art. 1720 c.c. prevede che il mandante deve rimborsare al mandatario le anticipazioni con gli interessi legali dal giorno in cui sono state fatte. La disposizione in esame costituisce una specifica applicazione della regola generale, enunciata dall'art. 1719 c.c., secondo cui è il mandante a dover somministrare tutti i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato, ne consegue che se il mandatario ha anticipato tali mezzi, il mandante, è tenuto a rimborsarlo.

Si tratta certamente di una specificazione del principio fissato dall'art. 1719 c.c., ma la sua autonoma collocazione si spiega in base alla circostanza che il legislatore ha dato per acquisito il diritto di rimborso.

Il fondamento dell'art. 1720 c.c. sta nel fatto che il sacrificio del mandatario, avvenuto in conformità delle istruzioni ricevute e delle esigenze immanenti all'esecuzione dell'attività gestoria, deve essere ristorato dal mandante. A differenza di quanto previsto dall'art. 1719 c.c., per il quale l'anticipazione del mandante al mandatario può costituire oggetto di un onere, si ritiene che quella prevista dall'art. 1720, I comma, c.c. sia una vera e propria obbligazione, infatti, in

merito la dottrina che: *“Vera e propria obbligazione del mandante è invece quella di rimborsare al mandatario quanto questi abbia anticipato per l'esecuzione dell'incarico, con l'aggiunta degli interessi dal giorno in cui tali anticipazioni sono state fatte”*. (Carnevali 1990, 9).

Questo elemento inerisce talmente al tipo contrattuale del mandato che non è ammissibile un deroga: *“Ed infatti, ove le parti avessero esonerato il mandante anche dall'obbligo del rimborso delle spese si sarebbe fuori dal tipo del mandato, come dimostra l'art. 1720 c.c. che non contempla la possibilità di patto contrario”*. (Luminoso 2007, 129).

Tale conclusione non impedisce che il potere di autonomia contrattuale possa essere esercitato in materia di anticipazioni a favore del mandatario, infatti è stato opportunamente rilevato che: *“E' peraltro ammissibile che le parti, nella loro autonomia negoziale, predeterminino l'entità delle spese rimborsabili in una somma comprendente forfettariamente il compenso e le spese stesse”*. (Carnevali, 1990, 6).

In giurisprudenza questo principio è applicato nella seguente sentenza: *“Nel mandato le parti possono stabilire un compenso e possono nella loro autonomia negoziale (senza con ciò ledere il diritto che al mandatario deriva dall'art. 1720 c.c.) predeterminare l'entità delle somme rimborsabili in una somma che comprenda forfettariamente il compenso e le spese stesse”*. (Cass. 27 marzo 1972, nr. 963, MFI, 1972, 963).

Il significato del termine “anticipazioni”, utilizzato dalla norma in commento, merita di essere approfondito, infatti, in merito è stato rilevato che: *“L'art. 1720 c.c. menziona il termine “anticipazioni”, termine volutamente generico e come tale, riferibile a tutti gli esborsi del mandatario, quale che sia il loro titolo. Quindi, non soltanto quelli fatti per l'adempimento delle obbligazioni comunque contratte dal mandatario nei confronti dei terzi, ma anche quelli fatti in genere per l'esercizio dell'attività gestoria”*. (Bavetta 1975, 348).

In tal modo la legge non si preoccupa di distinguere tra le varie anticipazioni, in quanto sono tutte rimborsabili al mandatario, purché comunque riferibili al mandato e necessarie alla sua esecuzione.

In merito la dottrina rileva che: *“Le anticipazioni rimborsabili dal mandante sono quelle necessarie per l'esecuzione dell'attività gestoria ed è pertanto il criterio della necessità che finisce per determinare il contenuto dell'obbligo: anche qui dunque, ai fini del rimborso, occorre accertare se un'anticipazione sia o meno inevitabile, se cioè sia da ritenersi, se non proprio indispensabile, quanto meno effettivamente occorrente per l'esecuzione del mandato”*. (Bavetta 1975, 348).

Il carattere necessario deve essere valutato con riferimento alla

situazione del momento in cui è stata sostenuta l'anticipazione e non a posteriori, vale a dire dopo il compimento dell'atto gestorio e ben può essere accertato anche con riferimento agli usi o ancora ai criteri di buona fede e diligenza. Al criterio di diligenza fa riferimento la seguente massima secondo cui: *“Il contratto di albergo concluso per il tramite di un'agenzia di viaggi, che opera come mandataria del cliente che le ha conferito il relativo incarico, comporta che la revoca della prenotazione alberghiera, da parte dello stesso cliente, integra unilaterale sottrazione al vincolo contrattuale e determina l'obbligazione di tenere indenne il mandatario di quanto anticipato all'albergatore nel limite in cui tale anticipazione possa considerarsi effettuata in esecuzione dei doveri di diligenza incombenti al mandatario stesso”*. (Cass. 14 marzo 2006, nr. 5460, MGC, 2006, 3).

Ricorrendo questi presupposti, le anticipazioni sono rimborsabili, indipendentemente dal buon esito dell'affare. Se non sono necessarie, ma sono utili, la giurisprudenza ha considerato rimborsabili le anticipazioni solo se conformi agli usi o se possa ritenersi che il mandante le avrebbe autorizzate.

Invece le anticipazioni “non sono rimborsabili”, non solo quando mancano i requisiti appena illustrati, ma anche nel caso in cui si tratti di spese sostenute dal mandatario per sua colpa o negligenza, quelle che avrebbero potuto essere evitate. In proposito è stato rilevato che: *“Di contro non sono rimborsabili quelle anticipazioni che obiettivamente avrebbero potuto essere evitate, come accade per esempio nell'ipotesi in cui siano state fatte per negligenza o imperizia: in questi casi infatti l'anticipazione non è giustificabile con riferimento al mandato, dato che rispetto all'esecuzione di questo poteva essere evitata, ma è unicamente addebitabile al comportamento colposo del mandatario”*. (Bavetta 1975, 348).

Quanto all'”esigibilità” delle anticipazioni sostenute, si osserva che il mandatario potrà pretendere dal mandante l'adempimento di questa obbligazione *“In occasione del rendiconto e non necessariamente contemporaneamente all'esecuzione da parte sua dell'obbligazione di cui al primo comma dell'art. 1713 c.c. (salvo comunque il diritto dello stesso di ritenere le cose mobili (artt. 2761 e 2756 c.c.) o salvo di trattenere le somme (art. 1721 c.c.) spettanti al mandante, fino al momento della liquidazione dei conti”*. (Luminoso 2007, 129).

Questo implica, che per ottenere il rimborso, delle anticipazioni, il mandatario ha l'onere del rendiconto e quindi l'onere della prova degli elementi costitutivi dei fatti che rappresentano il fondamento della sua pretesa. Questo orientamento emerge anche in giurisprudenza come si evince dalla seguente decisione: *“In tema di condominio negli edifici, poiché il credito per il recupero delle somme anticipate nell'interesse del condominio si fonda, ex art. 1720 c.c., sul contratto di mandato con rappresentanza che intercorre con i*

condomini, l'amministratore deve offrire la prova degli esborsi effettuati, mentre i condomini (e quindi il condominio) - che sono tenuti, quali mandanti, a rimborsargli le anticipazioni da lui effettuate, con gli interessi legali dal giorno in cui sono state fatte, ed a pagargli il compenso oltre al risarcimento dell'eventuale danno - devono dimostrare di avere adempiuto all'obbligo di tenere indenne l'amministratore di ogni diminuzione patrimoniale in proposito subita". (Cass. 30 marzo 2006, nr. 7498, MGC, 2006, 3).

In precedenza si veda questa pronuncia: "Il mandatario, a norma degli art. 1712 e 1713 c.c., deve senza ritardo comunicare al mandante l'esecuzione del mandato, rendergli il conto del suo operato e rimmettergli tutto ciò che ha ricevuto a causa del mandato. L'adempimento di tali obbligazioni è condizione dell'azione per il pagamento del corrispettivo spettante al mandatario il quale, pertanto, ha l'onere di fornirne la prova". (Cass. 3 settembre 1985, nr. 4585, MGC, 1985, 8).

Tale onere probatorio si estende dalla data in cui la spesa è stata sostenuta, in quanto il mandatario ha anche diritto agli interessi calcolati sulle anticipazioni con decorrenza "dal giorno in cui sono state fatte".

7) La natura del credito del mandatario

E' merito della giurisprudenza aver sottolineato che il credito del mandatario verso il mandante per il rimborso delle anticipazioni e delle spese sostenute è un credito di valuta soggetto pertanto al principio nominalistico e sottratto alla rivalutazione monetaria.

Questo principio affermato da Cass. 18 settembre 1968, nr. 2963, GC, 1969, I, 34 ha costituito la matrice di successive decisioni quale la seguente: *"In caso di revoca senza giusta causa del mandato oneroso conferito per un tempo determinato o per un determinato affare, il risarcimento del danno che compete al mandatario a norma dell'art. 1725 c.c. in dipendenza della cessazione del rapporto negoziale ha natura di debito di valore e va tenuto distinto dal credito per il compenso per l'opera svolta fino al momento della revoca, il quale ha natura di credito di valuta e spetta al mandatario in ogni ipotesi di scioglimento del mandato e quindi anche in caso di revoca dello stesso ancorché l'art. 1725 c.c. non ne faccia menzione". (Cass. 15 ottobre 1992, nr. 11283, MGC, 1992, 10).*

Nello stesso senso, in precedenza, la seguente decisione: *"Il credito del mandatario verso il mandante per il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del mandato, avendo ad oggetto sin dalla sua origine una somma di danaro, ha natura di credito di valuta, come tale non soggetto ad automatica rivalutazione in caso di inadempimento". (Cass. 28 ottobre 1989, nr. 4514, MGC, 1989, 10).*

L'indirizzo trova conferma in dottrina come si evince nei contributi di numerosi autori (Carpino 2007, 115; Graziadei 1994, 179; Luminoso 1991, 1301). Il problema della natura del credito del mandatario (o se si preferisce del debito del mandante) incide sul piano processuale sulla competenza per territorio per l'azione del mandatario. Si tratta di un caso in cui gli artt. 18 e 20 c.p.c. devono essere correlati con l'art. 1182 c.c.

La giurisprudenza in Cass. 27 febbraio 1970, nr. 480 ha stabilito che la domanda del mandatario di rimborso di somme erogate per conto del mandante, in esecuzione del mandato, appartiene alla competenza per territorio del giudice del luogo del domicilio del debitore ai sensi dell'art. 1182, IV comma, c.c., quando sia contestato sia l'an sia il quantum. La disciplina dell'art. 1182, III comma, c.c., per la quale le obbligazioni pecuniarie devono eseguirsi al domicilio del creditore al tempo della scadenza, deve applicarsi per il debito di valore e non di valuta e cioè quando si tratti di un'obbligazione pecuniaria che derivi da un titolo che abbia stabilito la misura oppure sia determinabile in base ad elementi certi e siano pacifici i presupposti dell'esistenza di tale obbligazione e della sua misura. (Carnevale 2005, 5383).

8) Obbligazione di rimborsare gli interessi legali sulle anticipazioni effettuate dal mandatario

La previsione dell'art. 1720, I comma, c.c. è completata dall'obbligazione del mandante di corrispondere, con il rimborso delle anticipazioni, anche "gli interessi legali dal giorno in cui sono state fatte". Pertanto rientra nell'onere della prova dal mandatario non soltanto provare la misura della spesa ma anche la data in cui è stata sostenuta. Quanto al tempo in cui tale rimborso diventa esigibile a favore del mandatario è diffuso orientamento quello per il quale: "*Il diritto al rimborso è fatto valere dopo che le rispettive ragioni di debito e di credito tra il mandante ed il mandatario sono state stabilite in sede di rendiconto*". (Graziadei 1994, 179).

Conferma questa interpretazione la seguente sentenza: "*Nell'ipotesi di mandato oneroso il diritto del mandatario al compenso e al rimborso delle anticipazioni e spese sostenute è condizionato alla presentazione al mandante del rendiconto del proprio operato, che deve necessariamente comprendere la specificazione dei dati contabili delle entrate, delle uscite e del saldo finale*". (Cass. 28 aprile 1990, nr. 3596, MGC, 1990, 4).

La dottrina sottolinea che questi interessi sono dovuti anche per anticipazioni non pecuniarie, sostenendosi che gli interessi vanno calcolati con riferimento alla somma corrispondente al valore delle cose anticipate, ma in senso contrario è stato sostenuto che la nozione

di interesse posso configurarsi solo per le obbligazioni pecuniarie. (Graziadei 1971, 179).

Tuttavia sulla “natura” di questi interessi non esiste uniformità di vedute. Una corrente di pensiero parla di “interessi compensativi” (Carpino 2007, 115) o di “interessi corrispettivi” (Bavetta 1975, 349; Bile 1961, 55; Luminoso 2007, 129). In giurisprudenza questo indirizzo è condiviso da questa decisione: *“In tema di mandato, sulle somme anticipate dal mandatario, mentre gli interessi legali - che sono di natura corrispettiva - decorrono dal giorno dell'esborso o, se manca la prova di tale data, dalla messa in mora, la rivalutazione monetaria non è dovuta automaticamente, atteso che, trattandosi di un debito di valuta, il maggior danno subito dal creditore dev'essere dimostrato, ai sensi dell'art. 1224 comma 2 c.c.; al riguardo il ricorso ad elementi presuntivi ed a fatti notori è consentito solo con riferimento a criteri personalizzati in relazione alla categoria economica cui appartiene il creditore, che è comunque tenuto a fornire la prova di elementi in base ai quali il danno sia concretamente qualificabile nell'ambito della categoria di appartenenza”*. (Cass. 30 marzo 2006, nr. 7498, MGC, 2006, 3).

Altra corrente invece configura “interessi moratori”, perché destinati a indennizzare il mandatario per il ritardo (Giorgianni 1975, 157). La legge espressamente indica che la misura degli interessi è quella legale, e al riguardo si deve verificare la ricorrenza dei presupposti per l'applicazione del D.Lgs. 231/2002. Tuttavia, poiché questa norma è solo dispositiva, è valida la convenzione che stabilisce la misura degli interessi in termini superiori a quello legale (Bavetta 1975, 349), sempre che tale misura non contrasti con altre disposizioni in materia.

Parte della dottrina osserva che l'obbligo del mandante di corrispondere gli interessi, grava anche se questi non sono esigibili.

In giurisprudenza si segnala Cass. 2 febbraio 1982, nr. 607, RFI, 1982, 15, che interpretando l'art. 1720 c.c., afferma che tale norma segna una deroga alla disciplina generale dell'art. 1282 c.c. esclusivamente con riguardo alla produzione di questi interessi a prescindere dall'eventuale esigibilità del credito cui accedono. Si tratta di una decisione non incidente sulla natura degli interessi che sono corrispettivi e che pertanto, come quelli moratori, possono essere attribuiti solo in seguito ad espressa domanda del creditore.

Questa interpretazione è contestata da chi osserva che: *“A nostro avviso si tratta di interessi compensativi; la circostanza che l'obbligo del mandante di eseguire la relativa prestazione è coordinato alla presentazione del rendiconto, incide esclusivamente nel momento in cui la prestazione deve essere eseguita. Ci sembra cioè, decisiva la considerazione che gli interessi decorrono anche in mancanza del requisito della esigibilità, da intendersi come possibilità di far valere*

giudizialmente il diritto con una domanda di condanna attuale al pagamento. Ne deriva che gli interessi considerati sono dovuti senza bisogno di un'espressa domanda del creditore". (Carpino 2007, 116).

9) Obbligazione di pagare il compenso

In base al disposto dell'art. 1709 c.c., il mandato si presume oneroso, nel senso che, se non è diversamente pattuito dalle parti, l'attività gestoria del mandatario deve essere compensata.

L'obbligazione del compenso, prevista dall'art. 1720 c.c., è pertanto un effetto naturale del contratto di mandato ed esso non è dovuto, se le parti abbiano espressamente pattuito la sua esclusione con deroga al regime legale.

Parte della dottrina sostiene, inoltre, che nel caso in cui sia stato pattuito lo "star del credere" spetta al mandatario un compenso aggiuntivo. (Luminoso 2007, 130).

A prescindere dall'ipotesi in cui nella convenzione di mandato sia stato previsto l'impegno del mandatario per lo "star del credere", l'obbligazione del mandante di corrispondere il compenso al mandatario è subordinata al verificarsi dei seguenti presupposti: corretta esecuzione del mandato, rendimento del conto, trasferimento al mandante dei risultati vantaggiosi derivanti dall'attività gestoria.

Sul punto la dottrina rileva che: *"Relativamente all'esigibilità del compenso, deve ritenersi che il mandatario, come avviene di regola nei contratti di lavoro autonomo, non possa pretendere l'adempimento prima di aver portato a compimento l'incarico. Ancora una volta quindi occorrerà riferirsi al momento della resa del conto e delle liquidazioni conseguenti". (Luminoso 2007, 130).*

Nello stesso senso è stato affermato che: *"Di regola il compenso diviene esigibile dopo che il mandatario ha comunicato al mandante l'esecuzione dell'affare, e gli ha rimesso tutto ciò che ha ricevuto a causa del mandato". (Graziadei 1994, 179).*

Per quanto attiene la giurisprudenza emerge la seguente decisione: *"Nell'ipotesi di mandato oneroso il diritto del mandatario al compenso e al rimborso delle anticipazioni e spese sostenute è condizionato alla presentazione al mandante del rendiconto del proprio operato, che deve necessariamente comprendere la specificazione dei dati contabili delle entrate, delle uscite e del saldo finale". (Cass. 28 aprile 1990, nr. 3596, MGC, 1990, 4).*

Lo stesso principio emerge nella seguente massima: *"Il mandatario, a norma degli art. 1712 e 1713 c.c., deve senza ritardo comunicare al mandante l'esecuzione del mandato, rendergli il conto del suo operato e rimmettergli tutto ciò che ha ricevuto a causa del mandato. L'adempimento di tali obbligazioni è condizione dell'azione per il*

pagamento del corrispettivo spettante al mandatario il quale, pertanto, ha l'onere di fornirne la prova". (Cass. 3 settembre 1985, nr. 4585, MGC, 1985, 8).

Per quanto attiene il presupposto attinente all'esito dell'attività gestoria, si sostiene che siccome normalmente il rischio dell'operazione economica grava sul mandante l'obbligo del compenso non è subordinato al buon fine dell'affare, salvo patto contrario. In merito la dottrina ha rilevato che: *"Poiché il rischio inerente all'affare che forma oggetto del mandato ricade sul mandante, l'obbligo del compenso non è subordinato al buon fine dell'affare stesso"*. (Luminoso 2007, 130).

In giurisprudenza questo orientamento viene così confermato: *"Il mandatario che è stato incaricato della conclusione di un affare assume, nei confronti del mandante, l'obbligo del compimento degli atti giuridici necessari per l'esercizio dell'incarico ed, a differenza del mediatore, che, in posizione di terzietà rispetto alle parti da lui poste in relazione senza esservi obbligato, ha diritto alla provvigione solo dopo la conclusione dell'affare, può chiedere il compenso dovutogli prescindendo dal risultato, a meno che le parti non abbiano ad esso condizionato il pagamento di tale compenso"*. (Cass. 24 giugno 1993, nr. 7008, MGC, 1993, 1079).

Di fronte all'annullamento o alla risoluzione del negozio gestorio o all'inadempimento del terzo, una corrente di pensiero ha ritenuto che il mandatario abbia diritto al compenso. (Carnevali 1990, 9).

Prendendo in considerazione invece le vicende del contratto di mandato si osserva che, in caso di scioglimento anticipato del mandato, e sempre che tale scioglimento non dipenda da fatto imputabile al mandatario, questo ha diritto al compenso sia pure in proporzione all'attività svolta. (Luminoso 2007, 131).

Il diritto non spetta in caso di inadempimento o in caso di eccesso di mandato. E' invece dubbio se il compenso spetti al mandatario anche in caso di negligente esecuzione dell'incarico.

10) Obbligazione di indennizzo delle perdite subite dal mandatario

L'art. 1720, II comma, c.c. dispone che il mandante ha l'obbligo di "risarcire" i danni che il mandatario abbia subito a causa dell'incarico. Come osservato, questa obbligazione principale del mandante si giustifica con il carattere essenziale dell'agire del mandatario per conto altrui.

E' stato rilevato che il linguaggio del legislatore che fa riferimento al "risarcimento del danno" è da considerarsi improprio in quanto la fattispecie non fa riferimento ad un fatto illecito e quindi si dovrebbe

parlare più propriamente di indennizzo. In proposito la dottrina ha rilevato che: *“Evidentemente, nonostante l'impropria formula della legge, non ci si trova di fronte ad un'obbligazione di risarcimento di danni nascente da un illecito del mandante: il termine danni va inteso in senso di perdita economica, non di danno in senso giuridico (risarcibile)”*. (Luminoso 2007, 129).

La scelta linguistica del legislatore si giustifica osservando che l'espressione “danno risarcibile” non va intesa in senso giuridico, infatti altra dottrina evidenzia che: *“Quest'ultimo deve essere inteso non nel senso di danno risarcibile in senso giuridico, ma nel senso di perdita economica”*. (Carpino 2007, 117).

Quanto all'individuazione delle perdite economiche si sostiene che: *“Si tratta di quei danni alla persona o al patrimonio che l'esecuzione dell'incarico abbia comportato al mandatario”*. (Carnevali 1990, 9).

Le perdite sono indennizzate a condizione che trovino nell'esecuzione dell'incarico la causa immediata e diretta e ne costituiscano la conseguenza normale e ordinaria, infatti come evidenzia la dottrina: *“Tra l'esecuzione del mandato ed il danno subito dal mandatario deve sussistere un rapporto di causalità immediata e diretta”*. (Graziadei 1994, 179).

Ancora tali perdite non devono consistere nelle conseguenze svantaggiose che rientrano nel rischio al quale il mandatario doveva esporsi per l'esecuzione dell'incarico. Inoltre le perdite in questione non devono essere imputabili a colpa del mandatario. In ogni caso deve essere correttamente valutato il concorso di colpa del mandante. Quanto all'esigibilità da parte del mandatario dell'indennizzo dovuto dal mandante si sostiene che: *“Anche questa obbligazione deve essere adempiuta all'atto della resa e liquidazione del conto”*. (Luminoso 2007, 130).

Ulteriore applicazione giurisprudenziale dei principi illustrati emerge dalla seguente massima, in cui è stato considerato il diritto al rimborso del mandatario della somma di denaro pagata al terzo a titolo di penale, ed è stato così deciso: *“Il mandatario per ripetere dal mandante la somma di denaro dovuta ad un terzo a titolo di penale per l'inadempimento, per fatto e colpa del mandante, della obbligazione contratta, a proprio nome, al fine di dare esecuzione al mandato, deve provare l'effettivo esborso della somma al terzo, non trattandosi di mezzo occorrente per l'adempimento dell'obbligazione ex art. 1719 c.c., bensì rientrando tale situazione nella disciplina del comma 2 dell'art. 1720 c.c., a tenore del quale "il mandante deve risarcire i danni che il mandatario ha subito a causa dell'incarico"”*. (Cass. 4 giugno 1991, nr. 6306, GC, 1991, I, 2643).

Considerando il rapporto tra società ed amministratori come un rapporto annoverabile nello schema del mandato, vi è stata applicazione in via analogica dell'art. 1720 c.c., come emerge nella

motivazione della seguente sentenza: *“La prima questione che, in ordine logico, essi sottopongono a questa Corte è se l'art. 1720, secondo comma, cod. civ., secondo cui il "mandante deve risarcire i danni che il mandatario ha subiti a causa dell'incarico" sia applicabile a favore dell'amministratore di una società di capitali.*

La Corte ritiene che alla questione debba darsi risposta positiva, non potendo condividersi la tesi dell'Istituto ricorrente incidentale, secondo cui l'assenza di disposizioni, legislative e statutarie, in materia di perdite sopportate dal detto amministratore all'epoca dei fatti di causa significherebbe mancanza di qualsiasi tutela giuridica in proposito, in sostanza in base al principio ubi lex non dixit non voluit.

Deve al contrario aderirsi all'affermazione, contenuta nella sentenza impugnata, della necessità di applicare l'art. 1720 cod. civ. per analogia.

È vero che all'epoca dei fatti su cui si controverte lo statuto ICCRI del 1962 nulla stabiliva in materia, così come il codice civile, che nell'art. 2389 disponeva, e dispone, soltanto circa il compenso e le partecipazioni agli utili spettanti gli amministratori.

Il difetto di previsione, però, dà luogo non semplicemente ad un difetto di protezione giuridica dell'interesse dell'amministratore che ha subito perdite a causa della gestione societaria, come sostiene il ricorrente incidentale, ossia tutt'al più ad una cosiddetta "lacuna impropria", vale a dire ad un vuoto normativo politicamente inopportuno, o comunque contrario alla coscienza sociale, e perciò da colmare attraverso un intervento del legislatore.

Al contrario, il detto difetto dà luogo ad una "lacuna in senso proprio", che è come dire ad una situazione normativa incompleta, o incoerente, ossia, ancora, ad un "caso dubbio" che, ai sensi dell'art. 12, secondo comma, delle preleggi, richiede l'interpretazione analogica.

E infatti mentre gli artt. 1720 cit., 2031, primo comma, cod. civ. in materia di gestione di affari; 2234, in materia di rapporti fra cliente e professionista intellettuale, dimostrano l'esistenza di un principio legislativo di rimborsabilità delle spese, o comunque di ristoro delle perdite sopportate nella gestione dell'interesse altrui, l'assenza di giuridica tutela dell'amministratore della società di capitali, priva di giustificazione, porrebbe la situazione normativa difettosa in contrasto col principio di eguaglianza di cui all'art. 3, primo comma, della Costituzione.

Contrasto da evitare, prima che con la denuncia al Giudice delle leggi, attraverso l'interpretazione cosiddetta adeguatrice, o secundum constitutionem, vale a dire appunto attraverso l'applicazione analogica dell'art. 1720 cit. al caso in esame”. (Cass. 14 dicembre 1994, nr. 10680. GC. 1995, I, 2473).

L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 1720 c.c. è stata affermata da questa sentenza: *“In tema di fatto illecito, qualora la persona del sindaco agisca nei confronti del Comune per il risarcimento dei danni derivanti da una aggressione subita ad opera di un terzo a causa della carica ricoperta, la responsabilità dell'ente può fondarsi, ove ne ricorrano le condizioni, sulla violazione dei principi generali del "neminem laedere" consacrati negli art. 2043 e 2055 c.c., non trovando invece applicazione la norma dettata in materia di mandato dall'art. 1720, comma 2, c.c., giacché - in considerazione della sua posizione istituzionale - il sindaco non è il mandatario della collettività territoriale ma è organo di vertice dell'ente territoriale e, per talune competenze, anche dello Stato”*. (Cass. 13 luglio 2004, nr. 12911, MGC, 2004, 7).

11) Differenza fra la responsabilità contrattuale del mandante, ai sensi dell'art. 1720 c.c., e responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2049 c.c.

La dottrina segnala opportunamente la natura della responsabilità contrattuale del mandante per inadempimento delle obbligazioni prevista dall'art. 1720 c.c.

Tale responsabilità si differenzia nettamente da quella di natura extracontrattuale che grava sempre sul mandante per fatto illecito del mandatario e che comporta l'obbligazione del risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2049 c.c.

Il tema è posto come segue: *“Si discute se il mandante possa essere chiamato a rispondere del danno arrecato a terzi dall'illecito del mandatario ai sensi dell'art. 2049 c.c. Come è noto tale norma prevede un'ipotesi di responsabilità oggettiva per fatto altrui sussistendo la presenza di due elementi: un rapporto di dipendenza tra preponente o committente e domestico o commesso ed un atto illecito compiuto ad uno di questi soggetti nell'esercizio delle loro incombenze”*. (Carpino 2007, 117).

L'interpretazione letterale dell'art. 2049 c.c. ha portato a distinguere il mandato senza rappresentanza dal mandato con rappresentanza. Così la Cassazione ha ritenuto che la responsabilità del mandante ai sensi dell'art. 2049 c.c., non sia configurabile nel mandato senza rappresentanza, perché in questo ambito il mandatario ha agito autonomamente, senza vincolo di effettiva dipendenza, vigilanza e sorveglianza, che lo leghi al mandante. (Cass. 23 luglio 1966, nr. 2013, GI, 1968, I, 1, 221).

Diverso sarebbe il caso del mandato con rappresentanza, tema che è reso complicato dalla commistione fra apparenza e responsabilità civile. Il problema sta nel rintracciare i presupposti per l'applicazione

dell'art. 2049 c.c. A tale proposito si consideri la seguente massima: *In tema di fatto illecito, con riferimento alla responsabilità dei padroni e committenti, ai fini dell'applicabilità della norma di cui all'art. 2049 c.c. non è richiesto l'accertamento del nesso di causalità tra l'opera dell'ausiliario e l'obbligo del debitore, nonché della sussistenza di un rapporto di subordinazione tra l'autore dell'illecito ed il proprio datore di lavoro e del collegamento dell'illecito stesso con le mansioni svolte dal dipendente. È infatti sufficiente, per il detto fine, un rapporto di occasionalità necessaria, nel senso che l'incombenza disimpegnata abbia determinato una situazione tale da agevolare o rendere possibile il fatto illecito e l'evento dannoso, anche se il dipendente abbia operato oltre i limiti delle sue incombenze, purché sempre nell'ambito dell'incarico affidatogli, così da non configurare una condotta del tutto estranea al rapporto di lavoro. (Nella specie, era stata chiesta alla compagnia di assicurazioni la restituzione delle somme pagate per la polizza vita stipulata con l'agente di zona, dichiarata falsa dalla società: la S.C., ritenendo, sulla base dell'enunciato principio, che l'art. 2049 c.c. sia applicabile ogni volta che sussiste una relazione qualificata tra l'attività del "padrone" o del "committente" ed il comportamento dell'ausiliario, come nel contratto di agenzia, ha confermato la sentenza della corte di merito che aveva accolto la domanda)". (Cass. 24 gennaio 2007, nr. 1516, MGC, 2007, 1).*

Nella motivazione la conclusione riportata è raggiunta argomentando che nel corso degli anni la giurisprudenza della Corte è mutata nel senso che, ai fini dell'applicabilità dell'art. 2049 c.c., non è più richiesto l'accertamento del nesso di causalità tra l'opera dell'ausiliario e l'obbligo del debitore, né l'accertamento della sussistenza di un rapporto di subordinazione tra l'autore dell'illecito e il proprio datore di lavoro e neppure l'accertamento di un collegamento dell'illecito stesso con le mansioni svolte dal dipendente, infatti, ai fini dell'applicabilità dell'art. 2049 c.c., è sufficiente un rapporto di occasionalità necessaria, nel senso che l'incombenza disimpegnata abbia determinato una situazione tale da agevolare o rendere possibile il fatto illecito e l'evento dannoso, anche se il dipendente abbia operato oltre i limiti delle sue incombenze, purché sempre nell'ambito dell'incarico affidatogli, così da non configurare una condotta del tutto estranea al rapporto di lavoro. L'art. 2049 c.c. risulta applicabile ogni volta che sussista una relazione qualificata tra l'attività del "padrone" o del "committente" e il comportamento dell'ausiliario, come indubbiamente avviene nel contratto di agenzia.

La Corte territoriale ha valorizzato la circostanza che l'agente fosse munito di potere di rappresentanza che lo abilitava direttamente alla stipula di polizze e alla riscossione dei relativi premi. Non vi è dubbio, quindi, che nel momento genetico dell'obbligazione assunta

nei confronti del terzo, l'attività del predetto fosse immediatamente e direttamente riconducibile alla Fondiaria.

Giova ricordare che la Corte ha affermato che l'attribuzione all'agente della facoltà di riscuotere i premi secondo la previsione dell'art. 1744 c.c. presuppone un potere rappresentativo o, comunque, un'indicazione al creditore della persona autorizzata a ricevere il pagamento a norma dell'art. 1188 c.c., che instaura quel rapporto di commistione idoneo, a norma dell'art. 2049 c.c., a far sorgere la responsabilità del soggetto che ha conferito l'incarico, per il fatto illecito compiuto dall'incaricato nell'esercizio dell'incombenza affidatagli.

La responsabilità del preponente ex art. 2049 c.c. si fonda sulla mera circostanza dell'inserimento dell'agente nell'impresa, senza che assuma, all'uopo, rilievo, il carattere della continuità, o meno, dell'incarico affidatogli, essendo sufficiente, per converso, che il comportamento illecito del preposto sia stato agevolato o reso possibile dalle incombenze a lui demandate dall'imprenditore, e senza che, ancora, risulti necessaria la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra l'agente e il preponente.

D'altra parte, è di applicazione generale il principio secondo cui la società assicuratrice che si sia avvalsa dell'attività dell'agente, il quale abbia agito con rappresentanza della preponente, è tenuta, per il disposto dell'art. 2049 c.c. a rispondere dei danni prodotti dall'agente stesso nell'esercizio dell'incombenza affidatagli, essendo irrilevante che non sussista fra di loro un rapporto di lavoro subordinato.

Ai fini della sussistenza della responsabilità della società di intermediazione mobiliare per i danni arrecati a terzi dai promotori finanziari nello svolgimento delle incombenze loro affidate, è sufficiente un rapporto di "necessaria occasionalità" tra fatto illecito del preposto ed esercizio delle mansioni affidategli, a nulla rilevando che il comportamento del promotore abbia esorbitato il limite fissato dalla società, come si desume dall'art. 2049 c.c.

Questa impostazione è stata critica osservando che: *“Ma si tratta di due aspetti da tenere rigorosamente distinti: altro è il rapporto di dipendenza che costituisce l'unico criterio di imputazione della responsabilità, altro è il criterio alla luce del quale stabilire se l'illecito sia stato commesso nell'esercizio delle incombenze. Il criterio dell'occasionalità necessaria riguarda esclusivamente il secondo aspetto ed è certamente condivisibile, anche se sostanzialmente elaborato in una delle opere più significative della responsabilità oggettiva. Ma un tale problema si pone esclusivamente dopo che si è stabilita l'esistenza di un rapporto di dipendenza. Né dovrebbe essere consentito, come si legge nella citata sentenza, parlare genericamente di una relazione qualificata tra l'attività del padrone o del committente ed il comportamento dell'ausiliario”*.

(Carpino 2007, 118).

Inoltre si rileva che non è corretto ampliare la sfera di applicabilità dell'art. 2049 c.c. fino a farla coincidere con un generico potere di sorveglianza e di controllo, infatti rileva la dottrina che: *“A nostro avviso in conclusione, non è mai configurabile una responsabilità ai sensi dell'art. 2049 c.c., né nel mandato senza rappresentanza né nel mandato con rappresentanza: il mandatario non è e non può essere mai considerato un dipendente ai sensi e per gli effetti dell'art. 2049 c.c.”*. (Carpino 2007, 120).

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

- Alcaro F., 2000, *Il mandato*, Giuffrè, Milano
- Bavetta G., 1975, *Mandato*, in ED, XXV, 321 – 381
- Bennati F., 1964, *Appunti in tema di azione diretta*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 624
- Bennati F., 1991, *Sub. Art. 1218*, in Cendon P., Comm. Cod. Civ., V, 1, Utet, Torino, 93 – 108
- Betti E., 1955, *Teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano
- Betti E., 1960 *Teoria generale del negozio giuridico*, in Tratt. Dir. Civ. it., Vassalli, Utet, Torino
- Bigliuzzi Geri L., 1987, *Procura*, in ED, XXXVI, 955 – 1011
- Bile F., 1961, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Iandi Sapi Editori, Roma
- Campagna L., 1974, *La posizione del mandatario nel mandato ad acquistare beni mobili*, Riv. Dir. Civ., 65.
- Carnevale C., 2005, *Del mandato*, in La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina, diretta da Ruperto, Libro IV, Delle Obbligazioni, VIII, Giuffrè, Milano, 5111 - 5463
- Carnevali U., 1990, *Negozio fiduciario*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, XX, 1- 9
- Carpino B., 2007, *I contratti speciali. Il mandato, la commissione, la spedizione*, in Tratt. Dir. Priv. Diretto da Bessone, Giappichelli, Torino
- Carraro C., 1947, *Il mandato ad alienare*, Cedam, Padova
- Dominedò F. M., 1964, *Mandato (diritto civile)*, in NovissDI, X, 111 – 135
- Donisi C., 1982, *Il contratto con se stesso*, Jovene, Napoli

Ferrari S., 1962, *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, Milano.

Gabrielli G., 1974, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Giuffrè, Milano

Giordano A., 1953, *Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il debitore prevista dall'art. 1705 c.c.*, in Riv. Dir. Comm., 108

Giorgianni M., 1975, *L'inadempimento*, Giuffrè, Milano

Graziadei M., 1994, *Mandato*, in DI-IV DprivSezCiv, XI, 154 . 185

Luminoso A., 1984, *Mandato, commissione, spedizione*, in Tratt. Dir. Civ. e comm. diretto da Cicu e Messineo (continuato da Mengoni), Giuffrè, Milano

Luminoso A., 1985, *Il mandato e la commissione*, in Tratt. Dir. Priv. diretto da Rescigno, IV, 12, Utet, Torino, 5 – 208

Luminoso A., 1991, *Sub. Art. 1703 ss.*, in Cendon P. (a cura di), Comm. Cod. civ., Utet, Torino

Luminoso A., 2007, *Il mandato*, Utet, Torino

Mengoni L., 1975, *Gli acquisti "a non domino"*, Giuffrè, Milano

Minervini G., 1957, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in Tratt. Dir. Civ. it. diretto da Vassalli, Utet. Torino

Mirabelli G., 1991, *Dei singoli contratti*, in Comm. Cod. civ., IV, 3, Utet, Torino

Molla M. M., 1977, *Il mandato nella giurisprudenza*, Cedam, Padova

Molle G., 1978, *I contratti bancari*, in Tratt. Dir. Civ. e Comm. diretto da Cucu e Messineo (continuato da Mengoni), Giuffrè, Milano

Pugliatti S., 1965, *Studi sulla rappresentanza*, Giuffrè, Milano

Papanti – Pelletier P., 1984, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Giuffrè, Milano

Ravà T., 1953, *Circolazione giuridica e rappresentanza indiretta*, Giuffrè, Milano

Rubino D., 1971, *La compravendita*, Giuffrè, Milano

Sacco R., 1966, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in

FI, I, 1384 - 1387

Santagata C., 1985, *Del mandato. Disposizioni generali (art. 1703 – 1709)*, in Comm. Cod. civ. A cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna e Roma

Santagata C., 1998, *Del mandato. Delle obbligazioni del mandante e del mandatario (art. 1710 – 1721)*, in Comm. Cod. civ. a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna e Roma

Scalisi V., 1977, *Inadempimento del mandatario e tutela del mandante*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1455 - 1520

Tilocca E. 1969, *Il problema del mandato*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 872 – 1002

Giurisprudenza

Cass. 19 ottobre 1954, nr. 3861, FI, 1995, I, 9

Cass. 15 aprile 1959, nr. 1107, GC, 1959, I, 1259

Cass. 7 gennaio 1964, nr. 9, RDL, 1965, II, 209

Cass. 18 marzo 1966, nr. 773, GI, 1959, I, 1, 586

Cass. 23 luglio 1966, nr. 2013, GI, 1968, I, 1, 221

Cass. 8 febbraio 1968, nr. 417, RFI, 1968, 17

Cass. 14 giugno 1968, nr. 1913, MFI, 1968, 1563

Cass. 18 settembre 1968, nr. 2963, GC, 1969, I, 34

Cass. 22 gennaio 1970, nr. 140, MFI, 1970, 1364

Cass. 6 ottobre 1970, nr. 1802, MFI, 1970, 1802

Cass. 11 giugno 1971, nr. 1748, Giur. it. 1972, I, 1, 354;

Cass. 9 ottobre 1971, nr. 2802, MFI, 1971, 2802

Cass. 27 marzo 1972, nr. 963, MFI, 1972, 963

Cass. 14 febbraio 1973, nr. 454, GC, 1973, I, 731

Cass. 25 gennaio 1974, nr. 202, FI, 1974, I, 2739

Cass. 18 aprile 1974, nr. 1051, MFI, 1974, 1051

Cass. 10 ottobre 1975, nr. 3230, MFI, 1975, 3230
Cass. 25 marzo 1976, nr. 1070, GC, 1976, I, 1301
Cass. 15 febbraio 1978, nr. 707, VN. 1978, 149
Cass. 7 febbraio 1979, nr. 835, MGC, 1979, 2
Cass. 19 settembre 1979, nr. 4807, MGC, 1979, 9
Cass. 21 febbraio 1980, n. 1262, MGC, 1980, 2
Cass. 12 marzo 1980, nr. 1668, MGC, 1980, 3
Cass. 3 aprile 1980, 2200, MFI, 1980, 2200
Cass. 18 aprile 1980, nr. 2551, MFI, 1980, 2551
Cass. 5 maggio 1980, nr. 2935, GI, 1980, I, 1, 1558
Cass. 7 maggio 1980, nr. 3004, MGC, 1980, 5
Cass. 4 giugno 1980, nr. 3626, MGC, 1980, 6
Cass. 28 novembre 1981, nr. 6352, MFI, 1981, 6352
Cass. 18 gennaio 1982, n. 324, FI, 1983, I, 2663
Cass. 30 gennaio 1982, nr. 588, BBTC, 1983, II, 311
Cass. 2 febbraio 1982, nr. 607, RFI, 1982, 15
Cass., 17 novembre 1982, n. 6239, GC, 1983, I, 1, 903
Cass. 22 febbraio 1983, nr. 1329, MGC, 1983, 2
Cass. 5 ottobre 1983, nr. 5799, MGC, 1983, 9
Cass. 3 novembre 1984, nr. 5573, MGC, 1984, 11
Cass. 22 agosto 1985, nr. 4480, FI, 1985, nr. 10
Cass. 3 settembre 1985, nr. 4585, MGC, 1985, 8
Cass. 27 novembre 1986, nr. 6998, GI, 1987, I, 1, 2054
Cass. 24 febbraio 1987, nr. 1931, MGC, 1987, 2
Cass. 20 febbraio 1988, nr. 1764, GC, 1988, I, 1498
Cass. 30 novembre 1988, nr. 6499, FI, 1988, nr. 1
Cass. 6 dicembre 1988, nr. 6631, MGC, 1988, 12
Cass. 7 dicembre 1988, nr. 6669, MGC, 1988, 12
Cass. 28 ottobre 1989, nr. 4514, MGC, 1989, 10
Cass. 13 gennaio 1990, nr. 92, GC, 1991, I, 1557

Cass. 8 marzo 1990, nr. 1841, MGC, 1990, 3
Cass. 28 aprile 1990, nr. 3596, MGC, 1990, 4
Cass. 5 luglio 1990, nr. 7060, MGC, 1990, 7
Cass. 9 agosto 1990, nr. 8099, MGC, 1990, 8
Cass. 3 aprile 1991, nr. 3468, Corg., 1991, 772
Cass. 4 giugno 1991, nr. 6306, GC, 1991, I, 2643
Cass. 11 ottobre 1991, nr. 10709, FI, 1992, I, 1833
Cass., 17 giugno 1992, nr. 7453, MGC, 1992, 6
Cass. 15 ottobre 1992, nr. 11283, MGC, 1992, 10
Cass. 13 gennaio 1993, nr.343, BBTC, 1994, II, 258
Cass. 25 marzo 1993, nr. 3602, FI, 1995, I, 1613
Cass. 4 febbraio 1993, nr. 1359, MGC, 1993, 216
Cass. 29 maggio 1993, nr. 6024, Gco, 1994, II, 5
Cass. 24 giugno 1993, nr. 7008, MGC, 1993, 1079
Cass. 9 marzo 1994, nr. 2301, GC, 1994, I, 1887
Cass. 7 dicembre 1994, nr. 10522, GC, 1995, I, 2165
Cass. 14 dicembre 1994, nr. 10680. GC. 1995, I, 2473
Cass. 24 dicembre 1994, nr. 11158, MGC, 1994, 12
Cass. 10 marzo 1995, nr. 2802, Fa, 1995, 1045
Cass. 30 marzo 1995, n. 3803, MGC, 1995, 741
Cass. 19 settembre 1995, nr. 9902, RCP, 1997, 169
Cass. 11 dicembre 1995, nr. 12647, GI, 1997, I, 1, 518
Cass. Pen. 23 ottobre 1996, nr. 705, CPMA, 1998, 68
Cass. 4 dicembre 1996, nr. 10819, MGC, 1996, 1672
Cass. 10 dicembre 1996, nr. 10989, MGC, 1996, 1708
Cass. 14 maggio 1997, nr. 4258, MGC, 1997, 743
Cass. 28 giugno 1997, nr. 5802, MGC, 1997, 1080
Cass. 11 febbraio 1998, nr. 1388, MGC, 1998, 300
Cass. 26 febbraio 1998, nr. 2079, GC, 1998, I, 929
Cass. 13 marzo 1998, nr. 2741, GI, 1999, 1610

Cass. 4 aprile 1998, nr. 3487, BBTC, 2000, II, 298
Cass. 5 maggio 1998 nr. 4486, GC, 1999, I, 1147
Cass. 5 novembre 1998, nr. 1118, GI, 1999, 94
Cass. 6 marzo 1999, nr. 1925, RCP, 1999, 1319
Cass. 22 aprile 1999, nr. 3988, MGC, 1999, 905
Cass. 15 gennaio 2000, nr. 426 D&G, 2000, 3, 62
Cass. 25 febbraio 2000, nr. 2149, Juris Data
Cass. 11 agosto 2000, nr. 10739, GC, 2001, I, 1025
Cass. 8 novembre 2000, nr. 14530, MGC, 2000, 2283
Cass. 10 novembre 2000, nr. 14637, Contr., 2001, 975
Cass. 23 aprile 2001, nr. 5981, GI, 2002, 203
Cass. 17 maggio 2001, nr. 6756, NGCC, 2002, I, 365
Cass. 9 luglio 2001, nr. 9289, GC, 2002, I, 1355
Cass. 28 gennaio 2002, nr. 982, GC, 2002,I, 978
Cass. 4 marzo 2002, nr. 3103, SI, 2002, 1126
Cass. 28 marzo 2002, nr. 4502, GC 2003, I, 491
Cass. 24 giugno 2002, nr. 9166, GC, 2003, I, 2896
Cass. 28 novembre 2002, nr. 16868, Contr, 2003, 575
Cass. 24 gennaio 2003, nr. 1137, GC, 2003, I, 1812
Cass. 30 gennaio 2003, nr. 1391, GC, 2003, I, 2761
Cass. Sez. Lav., 20 ottobre 2003, nr. 15691, MGC, 2003, 10
Cass. 19 maggio 2003, nr. 7822, MGC, 2003, 5
Cass. 27 maggio 2003, nr. 8393, VN, 2003, 1443
Cass. 13 ottobre 2003, nr. 15273, DR0, 2004, 679
Cass. 15 ottobre 2003, nr. 15273, DR, 2004, 679
Cass 4 dicembre 2003, nr. 18535, MGC, 2003, 12
Cass. 12 dicembre 2003, nr. 19041, DPSoc, 2004,11, 74
Cass. 23 dicembre 2003, nr. 19778, MGC, 2003, 129
Cass. 8 aprile 2004, nr. 6937, MGC, 2004, 4
Cass. 5 maggio 2004, nr. 8512, GC, 2005, 2, I, 441

Cass. 19 maggio 2004, nr. 9472, MGC, 2004, 5
Cass. 13 luglio 2004, nr. 12911, MGC, 2004, 7
Cass. 15 luglio 2004, nr. 13114, GI, 2005, 783
Cass. 1 dicembre 2004, nr. 22596, Juris Data
Cass. 22 dicembre 2004, n. 23823, MGC, 2005, 1
Cass. 26 luglio 2005, nr. 15607, MGC, 2007, 718
Cass. 28 luglio 2005, nr. 15781, MGC, 2005, 6
Cass. 17 settembre 2005, nr. 18441, MGC, 2005, 9
Cass. 20 settembre 2005, nr. 28260, MGC, 2005, 12
Cass. 20 dicembre 2005, nr. 28260, MGC, 2005, 12
Cass. 14 marzo 2006, nr. 5460, MGC, 2006, 3
Cass. 30 marzo 2006, nr. 7498, MGC, 2006, 3
Cass. 30 maggio 2006, nr. 12848, VN, 2006, 1424
Cass. 25 agosto 2006, nr. 18512, MGC, 2006, 9
Cass. 12 gennaio 2007, nr. 433, MGC, 2007, 1
Cass. 24 gennaio 2007, nr. 1516, MGC, 2007, 1
Cass. 12 febbraio 2010, nr. 3364, MGC, 2010, 2, 196
Trib. Roma 28 giugno 1979, DA, 1980, 42
Trib. Venezia 18 gennaio 1988, BBTC, 1988, II, 505
Trib. Roma 20 gennaio 1988, RDCo, 1988, II, 371
Trib. Roma 1 marzo 1988, GC, 1988, I, 1305, 2106
Trib. Milano 16 febbraio 1989, GI, 1989, I, 2, 627
Trib. Milano 27 febbraio 1989, GI, 1989, I, 2, 628
Trib. Verona 20 marzo 1989, GM, 1990, 30).
Trib. Roma 9 dicembre 1991, GC, 1992, I, 1355
Trib. Roma 29 aprile 1992, FP, 1992, I, 424
Trib. Piacenza 16 luglio 1993, BBTC, 1994, II, 537
Trib. Napoli 14 febbraio 1997, Gius. 1997, 1402
Trib. Cagliari 10 dicembre 1999, RGSarda, 2001, 661
App. Palermo 31 dicembre 1979, BBTC, 1983, II, 312

App. Milano 22 giugno 1983, BBTC, 1985, II, 363
App. Roma 20 luglio 1999, Grom, 2000, 84
App. Trento 15 maggio 2000, GI, 2001, 331
App. Roma 27 maggio 1991, BBTC, 1992, II, 310
App. Roma 3 giugno 1991, FI, 1991, I, 2506
App. Venezia 22 novembre 1991, BBTC, 1993, II, 411
App. Firenze 18 novembre 2004, Juris Data