

LEZIONE DEL 20 NOVEMBRE 2021

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

Giappichelli Formazione

CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO IN MAGISTRATURA 2021-2022

GIAPPICHELLI EDITORE

Responsabile scientifico

Vincenzo Lopilato

LEZIONE DEL 20 NOVEMBRE 2021

di Vincenzo Lopilato

Diritto civile

AREE TEMATICHE

CONTRATTO

FORMAZIONE (Pt. II) – RAPPRESENTANZA

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

Giappichelli Formazione

Omissis.

Argomento 6

CONCETTO GIURIDICO GENERALE

Rappresentanza e mandato: potere rappresentativo e obblighi gestori.

A. Schema per punti

1. Nozione di parte del contratto. 2. Nozione di rappresentanza. 3. Concezione formale: rappresentanza diretta e mandato. 3.1. *Segue*: rappresentanza indiretta e mandato. 4. Concezione sostanziale: rappresentanza e mandato.

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

A.1. Rinvio al Manuale

1. Rinvio al Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 6, par. 3, pagg. 300-302.

B. Giurisprudenza

1. Ammissibilità di una procura tacita: **Cass. civ., sez. I, ord., 18 maggio 2018, n. 12369.**

Omissis...

Costituisce ormai consolidato orientamento di questa Corte quello secondo il quale "in tema di mandato con rappresentanza, la contemplatio domini, che rende possibile l'imputazione degli effetti del contratto nella sfera di un soggetto diverso da quello che lo ha concluso, non esige - nel caso in cui il contratto da porre in essere non richiede una forma solenne - l'uso di formule sacramentali e può, quindi, essere desunta anche da un comportamento del rappresentante che, per univocità e concludenza, sia idoneo a rendere edotto l'altro contraente che egli agisce non solo nell'interesse, ma anche in nome del rappresentato, nella cui sfera giuridica gli effetti degli atti sono destinati a prodursi direttamente; l'onere della relativa prova in giudizio incombe su chi afferma avere assunto la veste di rappresentante e, ove sia mancata l'allegazione e la prova del predetto comportamento, è insufficiente, ai fini di una diretta imputazione degli effetti dell'atto al mandante, la circostanza che l'atto sia stato posto in essere nel suo interesse" (Cass. n. 7510/2011; Cass. 22333/2007; Cass. 25247/2006; Cass. 18441/2005; Cass. 13978/2005); 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.

Omissis...

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

Nota. *A lezione non ho parlato di interposizione reale che è una nozione riferita al mandato senza rappresentanza, la riprenderemo trattando del negozio fiduciario.*

Massima:

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 2 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

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.

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

Massima:

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

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

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

Massima:

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

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

Massima:

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

Argomento 7

TRACCIA

Mandato senza rappresentanza e forme di tutela del mandante, con particolare riferimento all'esperibilità delle azioni contrattuali e ai rimedi esperibili in presenza di una mandato ad acquistare beni immobili.

A. Schema per punti

1. Concezione ristretta e allargata della rappresentanza. 2. Rappresentanza diretta e mandato: rimedi di validità e di responsabilità. 3. Rappresentanza indiretta e mandato. Concezione formale. 4. Azioni contrattuali. 5. Mandato ad acquistare beni immobili. 6. Concezione sostanziale. 7. Azioni contrattuali. 8. Mandato ad acquistare beni immobili.

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

A.1. Rinvio al Manuale

1. Rinvio al Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 6, nota 10 del par. 3, pagg. 301-302.

B. Giurisprudenza

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

Nota. *La sentenza contiene i principi esposti a lezione. Leggete la sentenza e ordinate gli argomenti come è stato fatto a lezione.*

Omissis...

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

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

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

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

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 4 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

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

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

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

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

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

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

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

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

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 5 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

soddisfacimento dei crediti sorti a favore del mandatario in dipendenza delle obbligazioni assunte dal terzo con la conclusione del contratto.

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

Cass. 2105/76, in motivazione, coglie lucidamente l'essenza della tesi maggioritaria, osservando che l'art. 1705 c.c., comma 2, "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".

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

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

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

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 6 perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

è diretta ad ampliare la tutela del mandante, attribuendogli anche una legittimazione diretta nei confronti del terzo contraente, ferma restando la possibilità di agire nei confronti del mandatario - nella specie, il mandatario spedizioniere -, tenuto ad eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia).

1.2 - L'orientamento minoritario.

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

La modificazione soggettiva del rapporto assume allora (come già rilevato anche da Cass. n. 1306 del 1969) valenza giuridica prima ancora che economica, nel senso che, per effetto della sostituzione del mandante al mandatario, quest'ultimo resta escluso dal rapporto negoziale e, come non ha più veste per richiedere al terzo l'adempimento della prestazione promessa, e cioè il versamento del prezzo, così non ha più titolo per resistere alla richiesta avanzata dal terzo che, assolto il suo debito,

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 7 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

reclami la controprestazione e cioè il trasferimento della titolarità del bene, oppure la restituzione del prezzo, se quel trasferimento non sia più possibile. La tesi adottata dalle pronunce in esame è, dunque, in punto di diritto, quella che potrebbe oggi definirsi "della efficacia espansiva del disvelamento del mandante", espansione tale da comportare un esaurimento dei compiti gestori del mandatario, con conseguente negazione della dichiarata eccezionalità del meccanismo sostitutivo previsto dall'art. 1705 c.c., comma 2 (eccezionalità ravvisata, come già evidenziato, nella limitazione dell'ingerenza del mandante, fermo il ruolo del mandatario per ogni altro aspetto).

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

1.3 - Le posizioni della dottrina.

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

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

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

La difficoltà dell'inquadramento teorico del potere di sostituzione del mandante emergerà, in tutta la sua portata, tra la fine degli anni '50 e gli anni '60, ad opera di un autore che tante pagine ha dedicato allo studio della rappresentanza. Sulla premessa per cui l'espressione sostituendosi al mandatario sarebbe ingannevole, inducendo l'idea di uno dei protagonisti della vicenda negoziale che entra inopinatamente in possesso di quanto è dell'altro, si fa strada il fondamentale rilievo di una sostituzione destinata ad attivarsi soltanto nell'esercizio del diritto, in nome e nell'interesse proprio: l'iniziativa del mandante non darebbe luogo, così, ad atti costituenti cause o titoli dell'acquisto, perchè l'effetto traslativo viene presupposto come già effettuato, in forza di una efficacia (non diretta ma) automatica dell'acquisto da parte del mandante dei beni o dei crediti acquisiti dal mandatario (che "acquista e perde" al tempo stesso), producendo un'espansione del rapporto di gestione analoga

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 8 perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

a quella che, nella rappresentanza diretta, si verifica per effetto della contemplano domini, cioè con l'agire in nome altrui. La differenza tra mandato con rappresentanza e mandato senza rappresentanza consisterebbe, allora, nel fatto che solo in questo secondo caso il mandatario resta obbligato, e "contemporaneamente" acquisterebbero sia il mandatario che il mandante.

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

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

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

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

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

Non si è mancato di rilevare, in seguito, come il maggior pregio di tale teoria consista indiscutibilmente nel temperare il principio sancito nell'art. 1705 c.c., comma 1, con quello della inidoneità del mandato come titolo traslativo del dominium, pur nel riconoscimento di una circoscritta efficacia esterna del rapporto gestorio, nei limiti in cui esso, peraltro, non pregiudichi gli interessi legittimi dei terzi (che solo accidentalmente, ma comunque ininfluentemente, possono essere a conoscenza di detto rapporto).

La dottrina che, in seguito, approfondirà il tema dell'azione diretta si mostra incline a equipararla alle simmetriche azioni regolate dagli artt. 1595, 1676 e 2867 c.c.. Anche per tali autori è lecito discorrere di trasferimento automatico, dal terzo al mandante, della titolarità dei diritti acquistati

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 9 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

dal mandatario in nome proprio, così che l'attività del mandante ex art. 1705 c.c., risulterebbe esercizio di questo diritto già acquistato, secondo alcuni addirittura merce il ricorso ad una lettura in chiave consensualistica dell'istituto (il riferimento è all'art. 1376 cod. civ., nel senso che, come le parti possono consensualmente trasferire un diritto, così possono, d'accordo, determinarne a priori lo "spostamento" da una sfera giuridica ad un'altra, attribuendosi, in definitiva, all'atto di sostituzione la funzione di vera e propria notifica della titolarità del credito).

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

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

d) La disamina delle posizioni assunte dalla giusciviltà italiana non può, infine, prescindere dalle lucide riflessioni di un autore prematuramente scomparso, autorevole esponente della scuola messinese degli anni '60, che più di tutti ha approfondito il tema del mandato nell'ottica (di ben più

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 10 perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

ampio e affascinante respiro) della cooperazione nell'attività negoziale nelle varie forme di attività svolte nell'interesse altrui.

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

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

l'acquisto del diritto, contemporaneo in capo al mandante e al mandatario, si riflette automaticamente e senza soluzione di continuità temporale in capo al primo (scandito sincronicamente secondo la successione temporale acquisto/perdita in capo al mandatario): la differenza con la rappresentanza diretta - che risulta fortemente attenuata, giusta la premessa della unitarietà della fattispecie della cooperazione - si riduce così a ciò che, in essa, il cooperatore rappresentante non acquista affatto, mentre nella rappresentanza indiretta egli acquista e perde nello stesso istante. L'ostacolo - apparentemente insuperabile - dell'acquisto dei beni immobili, in cui la necessità del doppio trasferimento appare testuale (art. 1706 c.c., comma 2), è destinato a sua volta a risolversi considerando che la differenza di disciplina ripete la sua genesi non da un differente assetto di interesse sostanziale, ma esclusivamente dall'esistenza di profili formali che regolano la circolazione immobiliare: l'atto di ritrasferimento non è, dunque, un negozio realmente traslativo (per essersi già verificato quel medesimo effetto in via automatica), ma un atto funzionale (soltanto) alle esigenze della trascrizione, così che anche un dichiarazione unilaterale ricognitiva dell'appartenenza del bene al mandante resa al pubblico ufficiale potrebbe essere legittimante trascritta, pur se totalmente priva dei connotati del negozio traslativo.

1.4 - La soluzione del contrasto.

E' convincimento di questo collegio che una seria e meditata adesione all'orientamento più

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 11 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

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

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

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

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

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

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

Dall'altro:

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

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

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

Non sembra seriamente contestabile che una lettura "logica" della normativa in tema di mandato, così come emerge dalla scomposizione "funzionale" delle disposizioni testè operata, conduce ad un primo, inquietante risultato, quello, cioè, di una insanabile contraddizione tra la disciplina normativa degli acquisti mobiliari e quella dei trasferimenti dei diritti immobiliari, che ripete la sua origine dalla più generale difficoltà, tipica del meccanismo interpositorio, di coniugare l'esigenza (avvertita come primaria dal legislatore che, non a caso, esclude, ex art. 1705 c.c., comma 2, prima parte, il rapporto tra i terzi e il mandante, ma non postula altrettanto esplicitamente la speculare esclusione mandante/terzi) di tutelare la scelta di riservatezza del mandante interponente con le regole negoziale sulla tutela dell'affidamento. Ne deriva un apparentemente ossimoro legislativo, un ibrido proteiforme che miscela momenti puri di tutela (art. 1705 c.c., comma 2, art. 1706 c.c., comma 1, art. 1707 c.c., prima parte), accentuati al punto da configurare il mandatario evidentemente come "non titolare" dei beni acquistati (si pensi, in particolare, oltre che alla rivendica concessa al mandante, alla disciplina degli acquisti di beni mobili da parte dei terzi di cui all'art. 1706 c.c., comma 1, ultima parte:

il farne salva la legittimità per effetto del possesso di buona fede riproduce esattamente la disciplina

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 12 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

dell'acquisto a non domino di cui all'art. 1153 c.c.) a momenti di tutela soltanto mediata, in cui, peraltro, prevalgono inevitabilmente le norme sulla pubblicità degli acquisti immobiliari (il cui carattere, molto meno "dichiarativo" di quanto non sia dato apprendere dalla manualistica tradizionale, non può essere in questa sede utilmente approfondito).

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

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

Difatti, nel procedere alla verifica funzionale della sua bontà applicativa, appare innegabile che il mandante, automaticamente (o condizionalmente) destinatario dell'effetto traslativo del negozio intercorso tra mandatario e terzo, sarebbe necessariamente legittimato ad agire in giudizio a tutela del diritto così acquisito, sarebbe, cioè, legittimato ad esperire tutte le azioni ex contractu nella sua posizione di titolare dell'interesse sostanziale, ivi compresa l'azione risarcitoria da inadempimento del terzo. Ma l'an e il quantum di tale azione, in concreto, non potrà in alcun modo rapportarsi ai danni che lui stesso (piuttosto che il mandatario, controparte formale e soggetto autore dell'atto) potrebbe in astratto lamentare, giusta disposto dell'art. 1225 c.c. - norma che, nel limitare al danno prevedibile l'obbligo risarcitorio della parte inadempiente, esclude tout court che danni (ipoteticamente maggiori), reclamati da chi controparte negoziale non è possano essergli legittimamente richiesti (salvo non voler ipotizzare una surreale "condizione non espressa" da ritenersi immanente ad ogni convenzione negoziale, in ossequio alla quale ciascuna delle parti potrebbe o addirittura dovrebbe prospettarsi la possibilità che dietro ogni negozio traslativo possa celarsi un rapporto di mandato).

Il vero, insuperabile ostacolo che si frappone all'accoglimento della tesi poco sopra descritta è, dunque, quello che vede totalmente pretermessa l'analisi della posizione contrattuale del terzo. Se, nell'ottica del rapporto mandante/mandatario, la rilevanza sostanziale dell'interesse può far premio sulla titolarità (soltanto) formale (oltre che "istantanea") del mandatario, non può per converso

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 13 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

trascurarsi che il terzo, nel contrattare con quest'ultimo (e soltanto con quest'ultimo), ripone un legittimo affidamento nel fatto che tutte le vicende successive al contratto, sul piano della fisiologia come della patologia degli effetti, andranno a dipanarsi tra esse parti, senza alcun intervento ipotetici di terzi-mandanti (in assenza di un suo espresso consenso).

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

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

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

Omissis...

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

Nota. *Questa sentenza la riprenderò quando tratterò la forma del patto di trasferimento di beni immobili e la natura giuridica dell'atto unilaterale ricognitivo.*

Omissis...

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

Omissis.

Omissis.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 14 perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione