

RASSEGNA
DI DIRITTO CIVILE

XXXVII

2, 2016



Edizioni Scientifiche Italiane

Rassegna di diritto civile, pubblicazione trimestrale diretta da Pietro Perlingieri edita con la collaborazione scientifica della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino e del Dipartimento di Scienze Politiche «Jean Monnet» della Seconda Università di Napoli

Comitato editoriale: MAURO PENNASILICO, FRANCESCA CARIMINI, ANNA MALOMO, BENEDETTA MANFREDONIA, GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, ARIANNA ALPINI, GIULIANA CASO, FRANCESCO ROSSI, FRANCESCO LONGOBUCCO, MARCO ANGELONE, ERIKA GIORGINI, STEFANO DEPLANO, CARLA PERNICE, SERENA PERSIA

Redazione Edizioni Scientifiche Italiane: GIUSEPPE SELO

Segreteria di redazione: CAROLINA PERLINGIERI e GIOVANNI PERLINGIERI

I lavori pubblicati in questo numero sono di: V. BARBA, ord. dir. priv. univ. Roma «La Sapienza»; A. BELLIZZI DI SAN LORENZO, ric. dir. priv. univ. Firenze; E. CATERINI, ord. dir. priv. univ. Calabria; N. CIPRIANI, ord. dir. priv. univ. Sannio; C. GHIDINI, dottorando univ. Modena e Reggio Emilia; F. MARINELLI, ord. dir. priv. univ. L'Aquila; A. NERVI, ass. dir. priv. univ. Sassari; F. PARENTE, straord. dir. priv. univ. Bari «Aldo Moro»; G. PERLINGIERI, ord. dir. priv. Seconda univ. Napoli; P. PERLINGIERI, emerito dir. civ. univ. Sannio; G. PETRELLI, dr; S. POLIDORI, ord. dir. priv. univ. Salento; D. SCARPA, ric. dir. comm. univ. Milano-Bicocca; G. SICCHIERO, ord. dir. priv. univ. Venezia «Ca' Foscari»; S. TONETTI, dottorando univ. Milano; A. VENCHIARUTTI, ass. dir. priv. univ. Trieste; S. ZORZETTO, ric. t.d. fil. dir. univ. Milano.

Responsabili della valutazione: Giovanni Perlingieri e Mauro Pennasilico

Comitato di valutazione: Francesco Alcaro, Giuseppe Amadio, Tommaso Auletta, Vincenzo Barba, Cesare Massimo Bianca, Fernando Bocchini, Francesco Donato Busnelli, Raffaele Caprioli, Ugo Carnevali, Donato Carusi, Raffaele Caterina, Ernesto Cesaro, Sebastiano Ciccarello, Cristiano Cicero, Nicola Cipriani, Giorgio Collura, Giuseppe Conte, Andrea D'Angelo, Giovanni De Cristofaro, Enrico Elio del Prato, Stefano Delle Monache, José Ramon de Verda y Beamonte, Francesco Di Giovanni, Carmine Donisi, Luiz Edson Fachin, Angelo Federico, Gilda Ferrando, Giovanni Furguele, Enrico Gabrielli, Gianni Galli, Martin Gebauer, Gregorio Gitti, Attilio Gorassini, Carlo Granelli, Michele Graziadei, Giuseppe Grisi, Gábor Hamza, Erik Jayme, Peter Kindler, Agustín Luna Serano, Francesco Macario, Francesco Macioce, Marcello Maggiolo, Maria Rosaria Marella, Gennaro Mariconda, Antonio Masi, Ugo Mattei, Marisa Meli, Daniela Memmo, Enrico Minervini, Mario Nuzzo, Mauro Orlandi, Fabio Padovini, Gianfranco Palermo, Massimo Paradiso, Ferdinando Parente, Giovanni Passagnoli, Enrico Quadri, Pietro Rescigno, Vincenzo Ricciuto, Liliana Rossi Carleo, Ugo Antonino Salanitro, Michele Sesta, Gianluca Sicchiero, Michele Tamponi, Chiara Tenella Sillani, Gustavo Tepedino, Raffaele Tommasini, Mario Trimarchi, Francesco Venosta, Gianroberto Villa, Stefan Vogenauer, Paolo Zatti, Lihong Zhang.

Registrazione presso il Tribunale di Benevento al n. 99 del 27 marzo 1980. Responsabile: Pietro Perlingieri. Spedizione in abbonamento postale art. 2 comma 20/b legge 662/96 filiale di Napoli. Copyright by Edizioni Scientifiche Italiane - Napoli.

Criteria di valutazione e di selezione dei contributi pubblicati

La *Rassegna di diritto civile* subordina la pubblicazione di ogni scritto a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*), nonché l'obiettività e la ponderatezza del giudizio grazie a una scheda che, oltre a esplicitare i criteri di valutazione, consente ai revisori di motivare il giudizio e di segnalare eventuali miglioramenti da apportare all'elaborato. A tal fine la Direzione potrà avvalersi di uno o più Responsabili della valutazione, i quali disgiuntamente sottopongono il contributo ad almeno due componenti del Comitato di valutazione e/o a *referee* esterni scelti tra i Professori ordinari di prima fascia, italiani e stranieri, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo. I *referee* ricevono l'elaborato da valutare senza l'indicazione dell'Autore; all'Autore non viene comunicata l'identità dei *referee*. Il giudizio motivato potrà essere positivo (pubblicabilità); positivo con riserva, ossia con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte (pubblicabilità condizionata); negativo (non pubblicabilità). Esso sarà trasmesso alla Direzione che, direttamente o tramite un Responsabile della valutazione, provvederà a comunicarlo all'Autore, sempre garantendo l'anonimato dei *referee*. I contributi giudicati meritevoli possono essere oggetto di pubblicazione nella Rivista in base all'insindacabile valutazione della Direzione. Qualora i *referee* esprimano un giudizio positivo con riserva, la Direzione, con la supervisione dei Responsabili della valutazione, autorizza la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei *referee* sarà la Direzione a decidere circa la pubblicazione del contributo, anche affidando l'ulteriore valutazione a terzi. La Direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori, stranieri o italiani, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo altrove o a non pubblicare parti di esso in altra rivista senza il consenso scritto dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.

Le medesime regole valgono anche per i *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, sí che il Comitato di valutazione e/o i *referee* esterni, scelti tra i Professori ordinari di prima fascia, italiani e stranieri, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo, saranno investiti della valutazione dei lavori inviati alla Direzione.

Indice del 2° numero

SAGGI

- 345 VINCENZO BARBA, Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà
374 ANTONIO BELLIZZI DI SAN LORENZO, Interesse gestorio, rilevanza del terzo e forma del mandato
393 NICOLA CIPRIANI, I rapporti con i creditori nella simulazione. Note sull'art. 1416 c.c.
418 ANDREA NERVI, Beni comuni, ambiente e funzione del contratto
444 FERDINANDO PARENTE, Urbanistica contrattata e pianificazione territoriale
459 GIOVANNI PERLINGIERI, La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento
517 GAETANO PETRELLI, Proprietà fiduciaria, art. 2645 *ter* e condizione
569 STEFANO POLIDORI, L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nell'appalto: proporzionalità, ragionevolezza e «giusto rimedio» nella soluzione dei problemi applicativi
582 DARIO SCARPA, Contrattualismo societario tra integrazione legale e ricerca di un nuovo modello contrattuale
614 GIANLUCA SICCHIERO, Osservazioni sintetiche sul patto di ritenzione da Emilio Betti all'Arbitro bancario finanziario

ESPERIENZE STRANIERE E COMPARATE

- 624 SILVIA ZORZETTO, La legge nel tempo. Un'analisi teorica a partire dalla *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*

COMMENTI ALLA GIURISPRUDENZA

- 650 CLAUDIO GHIDINI, Diritto di abitazione del genitore assegnatario e diritto del creditore pignorante a procedere *in executivis* sulla casa familiare: un conflitto soltanto apparente
670 STEFANO TONETTI, Azione di arricchimento senza causa e p.a.: le Sezioni unite espungono il «requisito aggiunto»

CRONACHE E ATTUALITÀ

- 687 PIETRO PERLINGIERI, La sussidiarietà nel diritto privato

RECENSIONI

- 691 H. PATRICK GLENN, Ripensando il pensiero giuridico. Lo Stato e le nuove logiche [ENRICO CATERINI]
- 692 PAOLO GROSSI, Ritorno al diritto [FABRIZIO MARINELLI]
- 695 L. FERNANDO REGLERO CAMPOS e JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (coord.), Tratado de Responsabilidad Civil [ANGELO VENCHIARUTTI]

Interesse gestorio, rilevanza del terzo e forma del mandato

SOMMARIO: 1. Oggettività dell'interesse gestorio nella dinamica dell'attività giuridica. – 2. Il problema dell'eccesso di mandato: delimitazione della presente indagine alla posizione del terzo controparte del negozio gestorio, rispetto al distinto problema dell'eventuale terzo nel cui interesse sia conferito il mandato. – 3. Distinzione tra *obbligazione gestoria* in senso stretto ed *obbligazione trasfensiva* nella complementare funzionalità gestoria. – 4. La determinazione del terzo e l'equivoco tra generica condizionalità e condizione *stricto iure*. – 5. Rilevanza della fungibilità ovvero della infungibilità del terzo rispetto alla realizzazione dell'interesse gestorio. – 6. Aspetti della determinazione negativa del terzo. – 7. Rilevanza del terzo nella *vexata quaestio* della forma del mandato.

1. L'interesse gestorio¹, intrinsecamente alieno², costituisce l'aspetto teleologico, che informa la struttura del contratto di mandato. Se infatti il mandato è la figura civilistica paradigmatica della collaborazione nell'atti-

¹ L'“ambiguità” del concetto stesso di “interesse” e di quello consequenziale di agire nell'interesse è sottolineata da A. LUMINOSO, in *Mandato, Commissione, Spedizione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, XXXII, Milano, 1984, p. 9. Ma l'interesse resta un punto di partenza imprescindibile per un'indagine sulla realtà gestoria, nella consapevolezza della relatività del concetto altresì sottolineata, a livello interdisciplinare, da J. HABERMAS, in *Conoscenza e interesse*, trad. it. di G. Rusconi, Bari, 1990, nella misura in cui trattasi di un interesse sia in senso “tecnico” legato alla logica di “agire strumentale” delle scienze empirico-analitiche, sia, in senso “pratico”, delle scienze storico-ermeneutiche, sia in senso “emancipativo”, delle scienze critico-riflessive. Ne consegue che l'additata ambiguità rimane euristica-mente fertile nella prospettiva metodologica della separazione concettuale tra interesse e contenuto dell'obbligazione positivizzata per merito di V. Scialoja a seguito del dibattito dottrinale messo in luce da F. PROCCHI, in *I caratteri della prestazione nell'enunciato dell'art. 1174 cod. civ.*, in *Tratt. obbl.* Garofalo, *La struttura e l'adempimento*, II, Padova, 2014, pp. 537 ss. e 570 ss.

² S. BAVETTA, *Mandato (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 321, rileva: «l'alienità dell'interesse rispetto al soggetto agente finisce col costituire il momento fondamentale del mandato quale che sia la sua rilevanza esterna. Tale “alienità” non è inficiata ma anzi confermata dal c.d. mandato, *in rem propriam* trattandosi di mandato conferito «anche» nell'interesse del mandatario (art. 1723, comma 2, c.c.); cfr. P. PAPANTI-PELLETIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1984, p. 21 ss.; P. SIRENA, *La categoria dei contratti di collaborazione*, in ID. (a cura di), *I contratti di collaborazione*, in *Tratt. contr.* Rescigno e Gabrielli, Torino, 2011, p. 4. Tuttavia, per una critica all'identificazione concettuale tra «agire nell'interesse altrui» e «agire per conto altrui», v. M. D'AURIA, *Il mandato*, a cura di V. Cuffaro, Bologna, 2011, p. 149 ss.

vità giuridica, è l'interesse gestorio che individua il fine oggettivo di tale collaborazione e che determina i caratteri fisiognomici delle sequenze attuative della cooperazione attizia³: la vicenda, già illuminata in dottrina⁴, della dinamica realizzativa dell'interesse gestorio merita di essere ripercorsa brevemente, al fine specifico di coglierne e valorizzarne l'aspetto, rimasto in ombra, dell'elemento di caducità implicato dalla rilevanza della determinazione del terzo in ordine al negozio gestorio: infatti se è stato indagato⁵ il profilo statico del coinvolgimento eventuale, nell'interesse del mandante, di interessi di terzi (art. 1723 comma 2 c.c.) e quindi, per così dire, a monte del contratto di mandato, si assume invece, come oggetto della presente analisi il profilo dinamico del coinvolgimento necessario per realizzare l'interesse gestorio, di quello specifico terzo eventualmente attivo, che è l'interlocutore contrattuale del mandatario, ossia la controparte del negozio gestorio che viene in rilievo, per così dire, a valle del contratto di mandato (§ 4).

Ora, l'interesse gestorio non è un dato statico d'irrigimentazione del flusso di azione giuridica del gerente ma è il punto di riferimento dinamico dell'azione gestoria. Il che val quanto dire che tale interesse è virtualmente definito *in itinere* da una vera e propria dinamica interattiva rispettivamente: tra la programmazione contrattuale degli atti da compiere e quelli che si rendono necessari "*just in time*" (art. 1708 c.c.); tra le istruzioni del mandante e le circostanze a lui ignote, che legittimano il man-

³ Sotto il profilo strutturale, l'essenza cooperativa del mandato emerge chiaramente in S. PUGLIATTI, *Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza. Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 161. Ma è altresì fondamentale la sottolineatura di F. ALCARO, nel senso escludente ogni forma di cooperazione materiale di meri atti esecutivi tecnico-pratici per restringere il mandato solo a «un fenomeno di cooperazione-sostituzione giuridica nell'interesse del mandante»: v. *Del mandato*, in D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti*, in *Comm. c.c.* Gabrielli, Torino, 2011 p. 335; V. Cass., 26 luglio 2005, n. 15607, *Mass. Giur. it.*, 2005.

⁴ V., *ex multis*, dottrina citata note 2 e 3.

⁵ A proposito della figura speciale di mandato nell'interesse altrui soltanto enunciata dal legislatore al fine di sancire la riespansione della regola ordinaria della irretrattabilità della dichiarazione contrattuale (art. 1372 c.c.) rispetto all'eccezione della normale revocabilità del mandato (art. 1723, comma 2, c.c.), si rinvia, per tutti, alla raffinata analisi di M. NUZZO, *Il mandato conferito nell'interesse altrui*, Milano, 2003: per l'impostazione tradizionale (*ex pluribus*, G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, VIII -I, Torino, 1952, p. 189 e S. BAVETTA, *o.c.*, p. 109), la rilevanza dell'interesse altrui, *sub specie* d'interesse di un terzo o del mandatario, deve necessariamente discendere da un coevo o preesistente rapporto obbligatorio rispettivamente tra mandante e terzo ovvero tra mandante e mandatario; invece per M. NUZZO, *o.c.*, p. 116: «è piuttosto da ritenere che si abbia un mandato nell'interesse del mandatario o di terzi quante volte si accerti che il mandante, anche in mancanza di rapporti obbligatori collegati al mandato, abbia inteso conferire l'incarico di gestire un proprio affare, in vista della realizzazione di un interesse altrui». V. Cass., 10 giugno 2005, n. 12312, su *webgiuridico.it*; Cass., 24 febbraio 2010, n. 4489, su *www.cortedicassazione.it*.

datario a discostarsene secondo ragionevolezza (art. 1711 comma 2 c.c.); tra i presupposti noti al mandante al momento dell'investitura gestoria e la sopravvenienza di circostanze da comunicarsi al mandante, ove sia necessaria la modifica di regime ovvero la revoca del mandato (art. 1710 comma 2 c.c.). Dunque, per la realizzazione dell'interesse gestorio, il potere di gestione del mandatario si esplica discrezionalmente rispetto al programma negoziale, in forza dei presupposti normativamente individuati, in modo espansivo-integrativo, in modo compressivo-negativo ed in modo ricognitivo-referente. Ed anche quando trattasi di "mandato interessato" ossia di mandato nell'interesse non esclusivo del mandante ma nel concorrente interesse altrui, cioè «anche nell'interesse del mandatario o di terzi» (art. 1723, comma 2 c.c.), «l'interesse altrui è mediato dall'interesse del mandante»⁶, per cui risulta riservata al mandante «una funzione specificativa dell'interesse ulteriormente dedotto nel mandato»⁷, di guisa che risulta «l'interesse del mandante quale parametro di individuazione dei limiti di rilevanza dell'interesse altrui»⁸: con la particolarità, nel caso di specie, dell'effetto legale di "resistenza" del mandato a revoche del mandante, una volta che questo stesso abbia manifestato la sussistenza di un interesse altrui a monte del mandato stesso (irrevocabilità del mandato)⁹; il regime particolare di oggettivazione di questo interesse altrui, ulteriore rispetto a quello ordinario del mandante, è confermato dalla insensibilità *ex lege* di tale mandato anche alla morte o alla sopravvenuta incapacità del mandante (art. 1723 comma 2 c.c.). Tuttavia il mandante resta il titolare del diritto di credito al *facere* gestorio complessivo anche se il mero destinatario di un comportamento del gestore sia il terzo interessato (es.: mandato di vendita di beni del mandante con obbligo di effettuazione dei pagamenti ad un terzo)¹⁰, il quale dunque non acquisisce un diritto ad ottenere dal gestore la prestazione dovuta, come invece in un ipotetico mandato a favore di terzi, secondo lo schema generale del contratto a favore di terzi (art. 1411 c.c.)¹¹.

⁶ V. M. NUZZO, *o.c.*, p. 118.

⁷ V. M. NUZZO, *o.c.*, p. 117.

⁸ V. M. NUZZO, *o.c.*, p. 118.

⁹ V. M. NUZZO, *o.c.*, p. 163 ss.

¹⁰ Sul fenomeno della dissociazione tra destinatario dell'*obbligo* e destinatario del *comportamento dovuto*, v. N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 36; G. MACCARONE, *Contratto «con prestazione al terzo»*, Napoli, 1997, p. 23 ss. Nel senso che l'indicazione di pagamento conforma dei «negozi a favore del terzo con efficacia interna», v. U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 2010, p. 72 ss., per cui la suddetta indicazione, nelle obbligazioni di dare, è una modalità esecutiva laddove in quelle di fare e non fare è un criterio individuativo della prestazione.

¹¹ V., *ex pluribus*, C. SANTAGATA, *Del mandato – Disposizioni generali*, in *Comm. c.c. Scia-*

Ecco dunque che, se è vero che lo stesso “soggetto” è il risultato di una costruzione retorico-argomentativa¹², ne consegue che il soggetto gerente è esso stesso definito – da un punto di vista deontico – proprio dalla funzionalità realizzativa dell’interesse del gerito, la cui oggettivazione costituisce un *continuum* immanente alla specificità della collaborazione nell’attività giuridica¹³. E infatti la soggettivizzazione normativa di tale immanenza dinamica è dimostrata dal fatto che il mandatario – a differenza del mero *procurator* – deve avere la capacità di agire (arg. ex art. 1389 c.c.) ossia la capacità di essere soggetto della c.d. «dinamica» del diritto privato e non solo della c.d. «statica» dello stesso¹⁴.

2. Ma certamente non si può eludere la questione del limite intrinseco ad ogni discrezionalità nell’esercizio di un potere nell’altrui interesse, ovvero il problema dell’eccesso di mandato (art. 1708, comma 2, c.c.): nella dialettica tra i paladini del rigore di un’attività gestoria corrispondente alla lettera del mandato¹⁵ ed i vessilliferi dell’apertura a tutti gli atti riconducibili all’effettivo interesse del mandante¹⁶, la sintesi, supportata dai dati normativi prima descritti (§1), viene a dimensionarsi nel limite certo non

loja-Branca, a cura di F. Galgano, 1985, p. 210, n. 19. Critico invece M. NUZZO, *o.c.*, p. 214, per cui il mandato nell’interesse di terzi ex art. 1723 c.c., assurgerebbe a tipo esclusivo di mandato a vantaggio di terzi.

¹² Che il “soggetto”, costruzione retorica nel senso di M. FOUCAULT (v., in generale, *La Microfisica del potere*, Milano, 1978), non appartenga al mondo della “datità” ma sia ritagliato nel tessuto deontologico dell’ordinamento, è dimostrato chiaramente da H. KELSEN nel paragrafo dedicato a *La dissoluzione del concetto di persona*, in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1984, p. 87; di «scissione tra immagine reale e immagine normativa dell’uomo» parla F.D. BUSNELLI, in *Il diritto delle persone, I Cinquantanni del codice civile*, I, Milano, 1993, p. 108. Senza pretese di esaustività, v., in generale, A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; F. ALCARO, *Riflessioni critiche intorno alla soggettività giuridica. Significato di una evoluzione*, Milano, 1976; ID., *Attività e soggettività: circolarità funzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 883 ss.; N. LIPARI, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *La civilistica italiana dagli anni cinquanta ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, p. 55 ss.; ID., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013; C. MAZZÚ, *La soggettività contrattata*, Milano, 2005, p. 57; R. TOMMASINI, *Il soggetto e la persona nel contratto. Persona e Soggetto. Il soggetto come fattispecie della persona*, a cura di F. Tescione, Napoli, 2010.

¹³ Per l’emancipazione compiuta del concetto dinamico di “attività giuridica” da quello di mera “serie di atti”, v. F. ALCARO, *L’attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative (Saggi)*, Napoli, 1999.

¹⁴ V. F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova, 1939, p. 73; cfr. M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955, rist., p. 30, ove si distingue il diritto civile in «due parti fondamentali di cui la prima comprende la teoria del contenuto del rapporto giuridico e la seconda la teoria delle vicende del rapporto stesso».

¹⁵ V. G. MINERVINI, *Il mandato*, cit., p. 159.

¹⁶ V. A. AURICCHIO, *Considerazioni sull’eccesso di mandato*, in *Dir. giur.*, 1956, p. 36.

di un generico interesse del mandante interpretabile *ad libitum* dal mandatario, bensì di un determinato interesse dedotto nella specifica oggettività contrattuale¹⁷, ordinamento del caso concreto¹⁸. Né può convenirsi con quella dottrina prona a ricomprendere eventuali ipotesi di eccesso di mandato nel *refugium peccatorum* della gestione di affari, ove ne ricorrano i presupposti (*absentia domini, utiliter coeptum, animus aliena negotia gerendi*)¹⁹, giacché è proprio la sintesi di quei presupposti ad essere logicamente incompatibile con la sussistenza di un preesistente incarico gestorio espresso appunto nel mandato.

Inoltre una diversa conclusione si risolverebbe in una *interpretatio abrogans* del dato testuale, per cui alla sola determinazione di ratifica del mandante è rimessa la legittimazione *ex post* degli atti esorbitanti il mandato, altrimenti destinati a restare a carico del mandatario *ex art. 1711 c.c.*²⁰. In tal guisa, la *lex mandati* individua la proporzione tra sfera gerente e sfera gerita nella prospettiva dell'assetto finale di interessi con la sfera terza, fungendo così da *ubi consistam* del flusso dell'attività gestoria strumentale all'assetto prefigurato dall'auto-regolamento negoziale.

Così la discrezionalità del mandante ed il correlativo grado d'incombenza dell'eccesso di mandato sarà inversamente proporzionale alla sussistenza di prescrizioni specifiche del mandante contenute nel contratto ovvero sopravvenute quali istruzioni *in itinere*. Trattasi di prescrizioni specifiche spazio-temporali, oggettive o soggettive²¹, quali quelle attinenti alla

¹⁷ V. G. BAVETTA, *Mandato*, cit., p. 325.

¹⁸ La terminologia è mutuata da P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 7 ss.

¹⁹ V. *ex pluribus*, P. SCHLESINGER, *Eccesso di mandato e gestione di affari*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, II, p. 94 ss., il quale riduce ad una *quaestio facti*, stabilire se l'atto eccedente sia in contrasto o meno con la volontà del mandante; con maggiori cautele, A. LUMINOSO, *Mandato*, cit., p. 550.

²⁰ Chiarissimo, in tal senso, F. ROMANO, *La ratifica nel diritto privato*, Napoli, 1964, p. 216: «l'attività che il soggetto ponga in essere come mandatario *extra mandatum* è valutabile come esercizio diretto di un suo potere e non come momento di un procedimento più ampio diretto a realizzare la cooperazione», per cui «l'atto che "esorbita" dai limiti dell'incarico, e ciò significa che non ricorrono per esso i presupposti dell'esercizio indiretto, può essere ricondotto in un quadro siffatto mediante la ratifica», *ivi*, p. 215; «ratifica, cioè un atto di legittimazione dell'interposizione di fatto», *ivi*, p. 214.

²¹ A tal riguardo, è stato giustamente rilevato che «profili di liceità possono attenere ai criteri di scelta, quando non sia preindividuata la persona bensì le qualità personali ed esse coincidano con rilevanti fatti di discriminazione quali l'etnia, la nazionalità, il sesso e così via: i limiti e le istruzioni, se discriminatori, sono nulli ed è questione da risolversi in forza dell'art. 1419 c.c., se la nullità del limite o dell'ordine importi la nullità dell'intero mandato», v. D. MAFFEIS, *Il rapporto gestorio. A) Le obbligazioni del mandatario e del mandante*, in P. SIRENA (a cura di), *I contratti di collaborazione*, cit., p. 204.

riservatezza²² del mandante ovvero delineanti il grado d'infungibilità del terzo²³: da tali espresse prescrizioni, il mandatario non potrà discostarsi se non sia eccezionalmente legittimato da circostanze, non solo ignote al mandante ma altresì a lui non comunicabili tempestivamente (art. 1711, comma 2, c.c.); da tale particolare punto di vista, è interessante tuttavia notare come proprio l'evoluzione tecnologica, riduttiva dei tempi di comunicazione intersoggettiva (sms, *email*, etc.), in termini di cesura epocale²⁴ rispetto al tempo di posizione della norma codicistica suddetta, restringa drasticamente il campo del «non tempestivamente comunicabile» a circostanze ancor più eccezionali, dovendosi in tal prospettiva più valorizzare il profilo qualitativo della «ragionevolezza»²⁵. Quella stessa «ragionevolezza» che guida, in positivo, all'individuazione della «necessarietà» degli atti accessori a quello per cui il mandato è stato conferito (art. 1708 c.c.), come contratti di spedizione, trasporto, subtrasporto e assicurazione collegati a contratti di compravendita previsti dal mandato. E – come dimostra proprio l'evoluzione del settore assicurativo²⁶ nei confronti dei nuovi rischi – la «necessarietà» è un concetto storicamente relativo, quale punto di emersione di cautele affinate dai traffici a protezione dei beni giuridici nella loro circolazione.

Ma, nella prospettiva di una interpretazione secondo buona fede *ex art.*

²² V., *infra*, § 7 nota 72.

²³ V., *infra*, § 5.

²⁴ Per misurare la portata applicativa delle norme non ci si può esimere dalla registrazione degli effetti «dell'inarrestabile dispiegarsi della potenza della tecnica», (V. SCALISI, *Il Diritto civile nelle "prolusioni" del secondo novecento*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 501), i cui profili problematici, da un punto di vista antropologico, son ben messi in risalto da L. SEEGEL, *Against the Machine. Being Human in the Age of electronic mob*, New York, 2008. V., in particolare, M. MENSÌ e P. FALLETTA, *Il diritto del Web*, Lavis (TN), 2015; C. PERLINGIERI, *Profili civili dei social networks*, Napoli, 2014.

²⁵ Ci si riferisce qui al criterio di ragionevolezza espressamente previsto dall'art. 1711 comma 2 c.c., che insieme ad altre norme sarebbero «comunque non tali da consentire di configurare un principio di ragionevolezza di generale applicazione nei rapporti tra privati», secondo A. CATAUDELLA (*L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 758, nota 55), critico verso G. PALERMO, che invece caldeggia «il compito essenziale di produrre *ad consequentias* quel che la «regola» risultante dall'attività negoziale, sempreché ragionevole e rispettosa dei principi racchiude in *nuce*», in *L'autonomia negoziale*, 2ª ed., Torino, 2014, p. 40. Su tale argomento anche S. TROIANO, «*La ragionevolezza nel diritto dei privati*», Padova, 2005, p. 556; C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale, Tratt. contr. Rescigno*, 2ª ed., Torino, 2006, p. 108; scettico S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim.*, 2012, p. 7 ss.; ID., *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013. Per alcuni spunti di teoria generale sulla genesi del concetto costituzionale di ragionevolezza, v. M. AINIS, *La piccola eguaglianza*, Torino, 2015 p. 48 ss.

²⁶ Sulle problematiche della galassia assicurativa, v. S. LANDINI, *Assicurazione e responsabilità*, Milano, 2004.

1366 c.c.²⁷ del contratto di mandato e, quindi, in senso meno o più rigoristico del concetto di interesse gestorio, può fornire un contributo proprio l'argomento storico derivante dall'origine dell'attuale fattispecie gestoria dalla fusione del "mandato" *tout court* del Codice civile del 1865 con il «mandato commerciale» del Codice di Commercio del 1882: invero, proprio sotto il profilo dei parametri normativi di perseguimento dell'interesse gestorio, il mandato si rivela uno degli istituti più influenzati della nota "commercializzazione del diritto civile" operata dal Codice del 1942²⁸.

Infatti, se per l'art. 1742 del previgente codice civile, lapidariamente «il mandatario non può fare cosa alcuna oltre i limiti del suo mandato», ecco che l'antesignano dell'attuale art. 1708 c.c., sopra esaminato, si disvela proprio il più duttile disposto dell'art. 350 dell'abrogato Codice di commercio (comma 2 e 3), a tenore del quale «Se al mandatario non sono date istruzioni che rispetto a certe particolarità dell'affare, il mandato si reputa libero per le altre. Il mandato per un certo affare comprende tutti gli atti accessori all'esecuzione di esso, ancorché non espressamente indicati». Ragion per cui, tale argomento storico può soccorrere una interpretazione più rigorista dei limiti, ove formalizzati, dell'interesse gestorio, nell'ipotesi di un rapporto di mandato tra soggetti non esercenti attività imprenditoriale o comunque quando il mandante non sia un imprenditore o un professionista: ciò, non per riproporre surrettiziamente, in via interpretativa, l'abrogata categoria degli "atti di commercio"²⁹ ex art. 3 del codice del 1882 ma nell'alveo ermeneutico della tendenza normativa di matrice europea del neoformalismo³⁰ protettivo della parte relativamente più debole.

3. Ora, la fenomenologia cooperatoria del mandato si articola in due

²⁷ V., senza pretesa di esaustività sullo sconfinato argomento, L. BIGLIAZZI-GERI, *Note sull'interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, p. 71; E. FERRERO, *Le regole di buona fede nell'interpretazione del contratto*, Torino, 1985; M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto e interesse dei contraenti*, Padova, 1992; A. SCALISI, *La comune intenzione dei contraenti. Dall'interpretazione letterale del contratto all'interpretazione secondo buona fede*, Milano, 2003; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, rist., Milano, 2004; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004.

²⁸ V., per tutti, R. FAVALE, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contr. impr./Eur.*, 2012, p. 584.

²⁹ V.M. CASANOVA, *Atti di commercio*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., I, Torino, 1987, p. 518 ss.

³⁰ V.R. FAVALE, o.c., e P. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, *Annali*, III, Milano, 2011, p. 770 ss. Sulle radici nella rivoluzione industriale della c.d. "Commercializzazione del diritto privato", v. F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1980, p. 95 ss.; ID., *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, p. 119 ss.

obbligazioni complementari e non alternative³¹: l'obbligazione di compiere uno o più atti giuridici nell'interesse del mandante (*obbligazione gestoria* in senso stretto) e l'obbligazione di compiere l'atto di ritrasferimento del risultato del primo adempimento allo stesso mandante (*obbligazione trasfusiva*). Va evidenziato quindi che unitario è l'interesse di entrambe le obbligazioni ma che, in ordine all'obbligazione gestoria, tale interesse costituisce un fine che, soltanto tramite l'obbligazione trasfusiva, compiutamente si realizza: dunque il perseguimento dell'interesse gestorio dà concretezza, nell'obbligazione gestoria, al parametro di valutazione della diligenza del mandatario, laddove la realizzazione dell'interesse gestorio, nell'obbligazione trasfusiva, costituisce la fattualità oggettiva di un adempimento. Il che val quanto dire che l'assenza di perseguimento dell'interesse gestorio – pur in corrispondenza del compimento dell'atto esecutivo dell'obbligazione gestoria – costituisce un inesatto adempimento, mentre la non realizzazione dell'interesse gestorio, nell'esecuzione dell'obbligazione trasfusiva, costituisce un inadempimento assoluto. Per completezza sistematica, deve notarsi come l'unitarietà dell'interesse gestorio venga solitamente in rilievo con riguardo al diverso problema definitorio di quell'"interesse comune", cui si riconnette l'irrevocabilità, da parte di un solo mandante, del mandato collettivo (art. 1726 c.c.)³²: non essendo sufficiente la pluralità dei mandanti – compatibile con un mandato plurimo – né l'unicità del documento³³, né la mera coincidenza d'interessi, l'unitarietà dell'interesse è data solo dalla sua "inscindibilità" implicata dalla obiettiva indivisibilità dell'affare rispetto alla pluralità dei mandanti³⁴.

4. Orbene, sotto il profilo soggettivo, l'obbligazione perseguente l'interesse gestorio coinvolge *in executivis* per definizione un soggetto, terzo rispetto al gerente come al gerito³⁵, laddove l'obbligazione realizzatrice compiutamente dell'interesse gestorio viene a ricomporsi nell'ambito del rapporto tra sfera gestita e sfera gerente.

Dunque, sotto il profilo procedimentale³⁶, si profila un atto di auto-

³¹ Cfr., *ex multis*, F. ALCARO, *Del mandato*, cit., p. 335.

³² V. per tutti, A. LUMINOSO, *Mandato*, cit., p. 500.

³³ V. U. CARNEVALI, *Mandato*, *Enc. giur.* Treccani, XIX, Roma, 1990.

³⁴ V. Cass., 6 ottobre 2011, n. 204482.

³⁵ Di chiarezza adamantina, in tal senso, la via additata da Salv. ROMANO: «il punto centrale del problema della interposizione gestoria da mandato, sia ad acquistare che ad alienare, è rappresentato dalla coordinazione di un rapporto interno (mandante-mandatario) con quello esterno (mandatario-terzo alienante o acquirente», in *L'atto esecutivo nel diritto privato (Appunti)*, Milano, 1958, p. 84.

³⁶ V. Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*,

nomia costitutiva dell'obbligazione del mandatario di compiere un atto o serie di atti con terzi, al cui utile compimento consegue l'obbligazione di compiere atti trasfusivi del risultato effettuale al mandante. Ma l'obbligazione trasfusiva, realizzatrice in modo pieno e finale dell'interesse gestorio, è sempre costituita quale effetto di quell'iniziale atto di autonomia³⁷: il che non vuole essere una ovvia constatazione tautologica ma l'esplicitazione di una sequenza, funzionalmente all'analisi che segue. Infatti l'insorgenza della dimensione obbligatoria in capo al mandatario dev'essere verificata proprio in relazione alla posizione del terzo estraneo al rapporto gestorio, il cui atteggiarsi può essere determinante ai fini della realizzazione dell'interesse gestorio. Se, infatti, «l'ordinamento del caso concreto è la sintesi "di elementi di intento introdotti dai privati"»³⁸, si tratta in definitiva di registrare i termini di rilevanza³⁹ dell'intento⁴⁰ del terzo, in tal concorso d'intenti dello specifico ordinamento gestorio. A questo punto, sia l'obbligazione gestoria in senso stretto che quella trasfusiva, appaiono a prima vista, "condizionate" al determinarsi del terzo, ponendosi così il problema se tale ipotesi di condizionamento della dinamica effettuale del mandato sia ascrivibile in senso proprio all'istituto condizionale⁴¹, giacché

Milano, 1961. Per una prospettiva di rivitalizzazione del concetto di «procedimento, come metodo, ancor più che come fattispecie e formazione successiva», v. P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001 p. 232.

³⁷ Per quanto riguarda l'obbligazione di ritrasferimento nel mandato ad acquistare, in modo differenziato per i beni mobili ed immobili e mobili registrati, si profilano varie teorie che oscillano tra l'assenza di spazio logico per tale obbligazione (per cui i beni si trasferirebbero *ipso iure* al mandante dal terzo, tramite il mandatario (Pugliatti, Ravà etc.) e la configurazione invece di un secondo trasferimento automatico, una volta che il mandatario abbia acquisito dal terzo (Ferrara jr, Carraro, Minervini e Campagna); passando per la più condivisibile posizione di chi ritiene necessario il doppio trasferimento (terzo-mandatario/mandatario-mandante), in modo più fedele al dato normativo almeno per i beni immobili (Salv. Romano). Per i fautori dell'immediato acquisto, il ritrasferimento sarebbe un mero atto ricognitivo per rendere possibile la trascrizione per i beni immobili, di cui già il mandante avrebbe la proprietà sostanziale *versus* quella formale di mera legittimazione del mandatario; diversamente il ritrasferimento viene configurato come negozio astratto (Carraro, Minervini) ovvero pagamento traslativo (Luminoso): per un'esauritiva rassegna della *vexata quaestio* v. F. ALCARO, *Del mandato*, cit., p. 344 ss.

³⁸ V. P. Perlingieri, *La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, in *Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Firenze, 15 ottobre 2004, Milano, 2007, p. 63.

³⁹ Sulla «relativa autonomia della categoria della rilevanza giuridica», v. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 463.

⁴⁰ Sul concetto d'"intento", v., per tutti, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., Roma, 1952, pp. 182-183.

⁴¹ Caposaldo ricostruttivo sull'*accidentale negotii*, rimane A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941 e ID., *Condizione*, in *Enc. giur.* Treccani, VII, Roma, 1988 p. 2 ss.

il consenso del terzo al negozio gestorio si atteggia come evento futuro ed incerto rispetto agli effetti del contratto di mandato.

Ma questa constatazione fenomenologica di una dinamica effettuale apparentemente condizionale, non è altresí significativa – sotto il profilo ontologico⁴² – di una natura condizionale per una motivazione qualitativa dirimente attinente proprio alla *ratio* della condizione come *accidentale negotii*: già sotto il profilo statico, l'evento dipendente dal terzo, che funge obiettivamente da diaframma alla realizzazione dell'interesse gestorio, non può configurarsi quale evento condizionante in senso tecnico perché è *intrinseco* già allo schema tipico del mandato ed alla ulteriore alterità insita negli atti da esso comandati e quindi non implica affatto un interesse *estrinseco*⁴³ rispetto a quelli contemplati primariamente dallo schema causale gestorio; come pure, sotto il profilo dinamico, l'evento dipendente dal terzo è implicito nella sequenza di atti del programma gestorio tipico e coestensivo quindi alla diatesi⁴⁴ dell'attività, quale serie di atti teleologicamente connessi al fine di realizzare proprio l'interesse gestorio tipico. Il che val quanto dire che, rispetto alla *lex mandati*, la determinazione del terzo non è che un "epifenomeno"⁴⁵, nel senso proprio di evento secondario, che accompagna un fenomeno primario senza apparente rapporto connesso ma in realtà implicato nella sua stessa *gestalt*⁴⁶, intesa come forma strutturata complessiva di quell'evento primario.

5. Soltanto una volta compiuta questa precisazione epistemologica, volta a ribadire i confini tra una generica condizionalità in senso pre-giuridico e l'afferenza all'istituto della "condizione" di un fenomeno sequenziale di atti, può assumere un qualche valore euristico l'analisi della esplicitazione

⁴² Sulla nota distinzione tra "fenomeno" e "noumeno", v. E. KANT, *Critica della ragion pura*, tr. it. di G. Gentile e G. Lombardo Radice, Roma-Bari, pp. 251-254.

⁴³ Per un'actio *finium regundorum* dell'istituto condizionale in senso proprio, rispetto ad una generica condizionalità, v. F. ALCARO, *La condizione tra "atto" e "attività"*, in Id., *La condizione nel contratto*, Padova, 2008, p. 195 ss. Sulla non coincidenza tra estrinsecità dell'interesse in senso strutturale, ed estrinsecità in senso assiologico, v. anche G. PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico: teoria generale e profili applicativi*, Milano, p. 247 ss. Chiarissima, Cass., Sez. lav., 16 febbraio 1983, che, a riguardo della condizione, dice che «questa costituisce un elemento accidentale estraneo alla struttura tipica del negozio», in *Riv. not.*, 1983, p. 481 ss.

⁴⁴ Si usa qui l'espressione «diatesi» più in un senso mutuato dalle scienze della natura di «predisposizione congenita a», che nel senso della grammatica in senso tecnico.

⁴⁵ Centro di Studi filosofici di Gallarate, *Dizionario delle idee Sansoni*, voce *Epifenomeno*, Firenze, 1977.

⁴⁶ V. N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, voce *Forma*, Torino, 1971, p. 416. Il concetto di *Gestalt*, proviene dalla *Gestaltpsychologie* procedente appunto dalla totalità alle parti: D. e R. KATZ, *Trattato di psicologia*, Torino, 1960, p. 86 ss.

sequenziale della diatesi del mandato intesa come predisposizione tipica dell'articolazione dell'interesse gestorio.

Ora, se il contratto da stipulare con il terzo è segnato da un *intuitus personae* di questi rispetto al mandante⁴⁷, ecco, che la di lui negativa determinazione reagirà in senso risolutivo sul contratto di mandato *sub specie* d'impossibilità sopravvenuta dell'obbligazione gestoria (v. *infra* § 6), essendo quell'affare specifico coesenziale alla soddisfazione dell'interesse gestorio e quindi esclusivamente satisfattivo dello stesso: ciò si verifica sia nell'ipotesi in cui la persona del terzo *qua talis* sia infungibile (mandato a stipulare contratto d'opera col tale artista o professionista etc. individuato dal mandante); sia nell'ipotesi in cui l'interesse del mandante si reputi soddisfatto solo da quel bene identificato come oggetto del potere di disporre di un soggetto determinato (il tale bene immobile di proprietà di tizio).

Se invece la soddisfazione dell'interesse gestorio non risulta legata ad un contratto soggettivamente ovvero oggettivamente infungibile, ecco che soltanto l'obbligazione trasfusiva è "condizionata" al perfezionamento del negozio gestorio, mentre l'obbligazione volta al perfezionamento di quest'ultimo non può ritenersi "condizionata" allo stesso: l'adempimento dell'obbligazione gestoria è assoggettata agli ordinari parametri di diligenza che coinvolgono profili di reperimento di un dato bene fungibile sul mercato di settore e quindi la responsabilità per inadempimento troverà il limite oggettivo, di difficile verifica del perimento del genere⁴⁸.

⁴⁷ Premesso che il rapporto interno del mandato in sé presenta profili di *intuitus personae* [regolare insostituibilità del mandatario ex art. 1717 c.c.: v. A. LUMINOSO, *Mandato*, cit., p. 177 ss.; F. ALCARO, *Mandato e attività professionale*, Milano, 1988, p. 61 ss.; G. DI ROSA, *Il mandato*, I, *La nozione*, in P. SIRENA (a cura di), *I contratti di collaborazione*, cit., p. 28], a riguardo della problematica generale, v., *ex multis*, A. ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1969 e A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974. Residua il problema della rilevanza della persona del mandante per il terzo e quindi della compatibilità di tale situazione con l'interposizione reale da valutarsi nei casi specifici alla stregua della disciplina dell'errore (art. 1429 n. 3 c.c.) nonché dell'esecuzione (art. 1180 c.c.) e della cedibilità dei rapporti (artt. 1260 e 2558 c.c.).

⁴⁸ V., *ex multis*, L. MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 428; cfr., in generale, G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955; P. PERLINGIERI, *Dei modi estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Milano, 1975; M. FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988; N. DI PRISCO, *Impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, I, 9, Torino, 1996; A.T. DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2011; G. GRISI, *Responsabilità del debitore*, in V. CUFFARO (a cura di), *Delle obbligazioni*, in *Comm. c.c.* Gabrielli, Torino, 2013, p. 5 ss.; G. SICCHIERO, *Effetti della mora sul rischio: impossibilità sopravvenuta della prestazione*, *ivi*, p. 124.

Ovviamente gli *standard* di valutazione della diligenza del mandatario s'innalzeranno o comunque si specificheranno in caso di mandato professionale⁴⁹: per il mandato professionale s'intende appunto un mandato, in cui il gerente professionalmente svolga una certa tipologia di atti in ordine a certi beni (es. mandato ad acquistare ovvero a vendere preziosi o opere d'arte affidato ad operatore del dato settore di mercato): qui il mandante ha ancora giuridicamente il potere di compiere in prima persona quegli atti per cui sceglie, per criterio d'economia, di avvalersi della cooperazione sostitutiva di altri soggetti qualificati.

Diversa è la situazione del mandato professionale ufficiale, dove cioè il mandante non può esimersi *ex lege* dall'affidarsi, per il compimento di determinati atti, nel suo interesse ad un soggetto tipologicamente e normativamente specifico (mandato difensivo: artt. 82 c.p.c. e 96 c.p.p. mandato di gestione a società di gestione di fondi comune d'investimento): si tratta di un fenomeno di *officium* appunto poiché, in tali fattispecie tassativamente previste dalla legge, il soggetto gerito non ha il potere di compiere in prima persona atti demandati dall'ordinamento, per le *rationes* più varie, a soggetti tipologicamente qualificati, in ordine ai quali sussiste fondamentalmente un potere di scelta e di revoca, di guisa che esula da un fenomeno "sostitutorio", sia nel senso che il mandatario non si sostituisce al mandante sia nel senso che il mandante non è normativamente in condizione di sostituirsi al mandatario riappropriandosi della gestione della propria sfera.

6. Ma, a questo punto dell'analisi, occorre ritornare sulla relazione tra la posizione del mandatario – *rectius* tra l'attività gestoria – e la determinazione del terzo qualificato, nel senso di consentire o meno che la soddisfazione dell'interesse gestorio si realizzi a cagione dell'infungibilità soggettiva ovvero oggettiva: ciò, al fine di meglio tracciare i confini della diligenza del mandatario.

Infatti, se è vero che il mandatario si differenzia dal mero *procurator* perché assume l'obbligo di compiere uno o più atti giuridici per conto del mandante e non un mero potere di compierli⁵⁰, d'altra parte però la rile-

⁴⁹ Chiarissimo, in tal senso, F. ALCARO, *o.u.c.*, p. 21: «È indubbio infatti che allorché l'atto da compiersi dal mandatario rientra oggettivamente nell'attività propria o professionale di esso-presumendo per ora che possa trattarsi ancora di mandato-una sorte di intreccio o di attrazione può determinarsi sí da potersi concludere che l'adempimento del mandatario ne risulti sotto il profilo oggettivo dell'esecuzione del mandato, influenzato ed eventualmente integrato nei suoi riferimenti normativi».

⁵⁰ Salv. ROMANO, *L'atto esecutivo*, cit., p. 80 ss., «quando c'è l'obbligo, questo determina

vanza della libera determinazione del terzo ai fini di governo della fattispecie gestoria si rivela importante sul fronte dell'altrettanto necessaria distinzione dalla promessa del fatto del terzo (art. 1381 c.c.)⁵¹ laddove l'imputazione, in capo al promittente, degli effetti del rischio della mancata positiva determinazione del terzo, prescinde dal grado di diligenza impiegato presso il terzo stesso; ovviamente ciò a meno che al mandato non vi sia un patto aggiunto, nel senso di una espressa assunzione del rischio da parte del mandatario ad effetto di promessa del terzo: fattispecie quest'ultima, in cui allora, nel mandato, sarebbe ravvisabile una causa concreta di garanzia⁵². L'ipotesi, sopra enucleata, riguarda una situazione a monte e distinta rispetto a quella del c.d. «star del credere»⁵³, anticipata sul mandato in generale dall'art. 1715 c.c. e poi disciplinata in dettaglio, per la *species* della commissione, dall'art. 1736 c.c., laddove trattasi – sul presupposto che il terzo si sia positivamente determinato al negozio gestorio – dei limiti ovvero dell'amplificazione pattizia o consuetudinaria della responsabilità del mandatario, in caso d'inadempimento da parte del terzo delle obbligazioni scaturenti dal negozio gestorio. Ne consegue che, come già si è anticipato, ordinariamente la determinazione negativa del

una posizione assorbente rispetto all'autorizzazione di compiere ciò che si è obbligati a compiere».

⁵¹ V. M.C. STASI, *Promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1968, p. 69 ss.; F. ALCARO, *Promessa del fatto del terzo*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 70 ss.; ID., *Effetti del contratto*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2011, p. 443; M.C. CHERUBINI, *La promessa del fatto del terzo*, Milano, 1992; A. CECCHINI, *La promessa del fatto del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 563 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, sub artt. 1374 e 1381, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1999, p. 461 ss.; A. FUSARO, *La promessa del fatto del terzo*, in M. COSTANZA (a cura di), *Effetti*, in *Tratt. contr.* Roppo, III, Milano, 2006, p. 153 ss.; A.M. AZZARO, *Promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo*, in *Dir. civ.* Lipari e Rescigno, coordinato da A. Zoppini, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 659 ss.; M.R. MARELLA, *Art. 1381. Promessa dell'obbligazione o del fatto dei terzi*, in E. NAVARRETTA e A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, in *Comm. c.c.* Gabrielli, Torino, 2011, p. 910 ss.

⁵² Infatti, nella *vexata quaestio* della «causa in concreto» – per una cui rivitalizzazione concettuale, v. C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 251 – non può essere negata una valenza identificativa a tale profilo causale proprio con riferimento ad un'operazione economica unitaria risultante da collegamento funzionale operato dall'autonomia privata: v. V. RICCIUTO, *Subcontratto*, in *Enc. giur.* Treccani, XXX, Roma, 1993, p. 9; ci si permette di rinviare altresì ad A. BELLIZZI, *Dal subcontratto al subordinamento giuridico*, Napoli, 2005, p. 24 ss. Sulle problematiche della c.d. «causa in concreto», v. F. ALCARO (a cura di), *Causa nel contratto-evoluzioni interpretative e indagini applicative*, Padova, 2016. Sulla causa di garanzia, v. Cass., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Giust. civ.*, 2011, p. 497 ss. e Cass., 20 marzo 2014, n. 6517, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁵³ V., *ex multis*, A. LUMINOSO, *Mandato*, cit., pp. 352 ss. e 605: come ricordato dall'Illustre Autore, p. 353, n. 416 «l'espressione deriva dalla vecchia formula *stare mallevadore del credito*, con cui indicava la posizione di garante del commissionario».

terzo in ordine al negozio gestorio oggettivamente o soggettivamente infungibile può, configurarsi come impossibilità sopravvenuta della prestazione⁵⁴, oggetto dell'obbligazione gestoria, con effetto risolutivo del contratto di mandato.

Da questo punto di vista, si deve altresì osservare che, trattandosi di determinazione negativa del terzo, non sempre ne è agevole la prova quando non si sostanzi in un fatto materialmente positivo (risposta negativa documentata), aprendosi diversamente lo scenario, *de facto* irto di difficoltà, della prova del fatto negativo⁵⁵. Infatti anche qualora, in tale contratto di mandato, sia stato apposto il termine, verificandosi il quale il contratto risulti "estinto" *ex lege* art. 1722 n. 1 c.c., ciò non risolve il problema della responsabilità del mandatario comunque da accertare alla stregua dei canoni suddetti di diligenza.

La sopra esaminata fenomenologia della determinazione negativa del terzo qualificato in ordine al negozio gestorio viene dunque a confermare la dottrina⁵⁶, che esclude la tassatività delle cause di estinzione del mandato (art. 1722 c.c.), militando così a favore dell'applicabilità, anche alla studiata fattispecie gestoria, delle norme generali di diritto comune, in materia di estinzione del contratto, come appunto quelle dell'impossibilità sopravvenuta⁵⁷.

Inoltre le suddette conclusioni danno occasione di precisare che, al di là della indicazione codicistica (art. 1722 c.c.) in termini di «estinzione del mandato», si ha più propriamente un'estinzione dell'obbligazione gestoria, cui consegue lo scioglimento del mandato, risultando connessa l'inattivazione del programma negoziale con il riallibramento dei rapporti accessori pendenti piuttosto che risolversi in una stasi ef-

⁵⁴ Oltre la letteratura sull'impossibilità sopravvenuta citata, *ante*, nota 38, con particolare riferimento agli effetti risolutivi, v. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 1005 ss., R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in ID. e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, 3^a ed., II, Torino, 2004, p. 648 ss.; F. MACARIO, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta. Principi e regole generali*, Milano, 2006, p. 557 ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2007; S. PAGLIANTINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in E. NAVARRETTA e A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, cit., p. 543 ss.

⁵⁵ V. J. LARGUIER, *La preuve d'un fait négatif*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, p. 1 ss.; S. PATTI, *L'onere di allegazione di fatti negativi*, in *Nuova giur. civ.*, 1994, I, p. 166. Cass., 20 febbraio 1998, n. 1790, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1462 ss.; Cass., Sez. un., 6 aprile-30 ottobre 2001, n. 13533, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 707 ss., con nota di G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*; Cass., 15 novembre 2013, n. 25689, in *Fisco*, 2013, Trib. Padova, 30 gennaio 2014, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

⁵⁶ V. G. BAVETTA, *Mandato*, cit., p. 364.

⁵⁷ V. A. LUMINOSO, *Mandato*, cit., p. 440.

fettuale ultimativa di carattere istantaneo come il concetto di estinzione implicherebbe⁵⁸.

7. Conclusivamente, giova all'economia di questo scritto, volto a valorizzare la rilevanza del terzo nella prospettiva dell'interesse gestorio, rivolgere attenzione ad un recente *revirement* della Cassazione sulla forma del mandato⁵⁹: a tenore del condivisibile Arresto giurisprudenziale, non è necessaria la forma solenne per il mandato ad acquistare beni immobili, onde poter azionare l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione trasfusiva ex art. 2932 c.c., giacché il rapporto di mandato dispiega un effetto obbligatorio interno tra mandante e mandatario e non nei confronti di terzi, a differenza della procura, la quale peraltro, ove presente, non necessita dell'ulteriore supporto formale al mandato⁶⁰; ne consegue dunque che, al mandato senza rappresentanza, non è estensibile analogicamente la necessità formale prevista per il preliminare dall'art.1351 c.c.⁶¹, in quanto norma eccezionale derogante al principio di libertà delle forme⁶². Ma l'argomentazione limitata alla dialettica tra principio di libertà delle forme e disposizioni ad esso eccezionali non suscettibili di analogia pecca per difetto, risultando così anche l'orientamento liberale abbagliato⁶³ dalla specola for-

⁵⁸ Cfr. A. LUMINOSO, *o.u.c.*, p. 418 ss.

⁵⁹ Trattasi di novità assoluta in giurisprudenza, per il mandato senza rappresentanza: Cass., 2 settembre 2013, n. 20051, in *Foro it.*, 2014, c. 522, con nota di R. BROGI, *Sul mandato senza rappresentanza ad acquistare un bene immobile*, ma v. anche nota di V. MARICONDA, *Mandato verbale senza rappresentanza all'acquisto di un immobile e successiva dichiarazione ricognitiva per iscritto*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1504: la pretesa di ritrasferimento al mandante può così fondarsi su un mero atto ricognitivo, con cui il mandatario senza procura riconosca successivamente di aver acquistato il bene per conto del mandante con sufficiente determinazione oggettiva e causale; in senso contrario tutta la giurisprudenza precedente: *ex multis*, v. Cass., 25 ottobre 2005, n. 20651, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Indebito*, n. 6; 24 gennaio 2003 n. 1137, *ivi*, 2009, voce *Mandato*, n. 12.

⁶⁰ A riguardo del mandato con rappresentanza, v. invece due precedenti giurisprudenziali, Cass., 30 maggio 2006, n. 12848, in *Vita not.*, 2006, p. 1424 e Cass., 10 novembre 2000, n. 14637, in *Foro it.*, 2001, I, c. 941, con nota di P. PARDOLESI.

⁶¹ Per una ricognizione della vastissima letteratura sul contratto preliminare, v., *ex multis*, G. SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in *Tratt. contr.* Roppo, III, cit.; G. BOZZI, *I contratti preparatori*, in D. VALENTINO (a cura di), *I contratti di vendita*, in *Tratt. contr.* Rescigno e Gabrielli, I, Torino, 2007, p. 147 ss.

⁶² In dottrina, per l'impostazione più liberale sulla forma del mandato, R. CALVO, *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996, p. 126 ss.; v. B. CARPINO, *I contratti speciali. Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 2007, p. 21.

⁶³ Non casualmente, proprio in questo argomento, «la ricerca è insidiata da antiche illusioni e da malefici culturali»: v. N. IRTI, *Idola libertatis, tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, p. 3; per il dibattito suscitato da parte di Irti con la contestazione della sussistenza di un principio generale di libertà delle forme, v. *ex multis*, P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e for-*

malista, a cagione proprio del cono d'ombra, in cui è relegata la posizione del terzo in questione.

Ora, vero è che la dottrina, fautrice della forma solenne per il mandato ad acquistare beni immobili, non è riducibile soltanto a quella che imputa diretti effetti reali al mandato, governato così *quoad formam* direttamente dal 1350 n. 1 c.c.⁶⁴; infatti allo stesso risultato ermeneutico della necessità formale attinta per la diversa via di un'interpretazione estensiva e non analogica dell'art.1351 c.c., pervengono sia la teoria, germanicamente orientata, del mandato *titulus acquirendi*, rispetto all'atto di ritrasferimento mero *modus acquirendi*⁶⁵, sia quella maggioritaria del mandato ad effetti obbligatori interni⁶⁶: entrambe queste impostazioni convergono nell'attingere la necessità di forma solenne del mandato da una interpretazione sistematica dell'art. 1351 c.c., per cui ogni atto negoziale, che obblighi a concludere un altro contratto, di quest'ultimo dovrebbe avere la forma. In tal prospettiva, una *eadem ratio* sorreggerebbe la forma necessaria per il preliminare *ex art. 1351 c.c.* e l'argomentata necessità di forma per il mandato. Dunque, facendo applicazione di questi argomenti, si potrebbe obiettare, alla suddetta spinta innovatrice della Cassazione, che appunto l'art. 1351 c.c. non detterebbe una norma espressa per il contratto preliminare, di natura eccezionale rispetto al principio di libertà delle forme ma celerebbe un più ampio principio valido per tutti i contratti che, obbligando a concludere altri contratti, sortiscano gli stessi "risultati pratici" dell'obbligo scaturente da preliminare⁶⁷. Ragion per cui, ne risulterebbe pertanto paradossalmente "formalistico" proprio l'assunto della dottrina più liberale fautrice dell'inapplicabilità al mandato dell'art. 1351c.c.: l'orientamento liberale seguito dalla Cassazione, infatti, verrebbe in tal guisa a poggiare maldestramente i suoi autorevoli piedi su uno sdruciolevole principio di libertà delle forme, la cui riespansione sarebbe effettivamente inibita

malismo degli interpreti, Napoli, 1987 e G.B. FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 313 ss.

⁶⁴ V. C. SANTAGATA, *Del mandato*, cit., p. 280.

⁶⁵ V. A. LUMINOSO, *Il Mandato*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, Milano, 2007, p. 426.

⁶⁶ V. F.M. DOMINEDÒ, *Mandato (dir. civile)*, *Noviss. dig. it.*, Torino, 1964, X, p. 124 ss.

⁶⁷ V. G. MINERVINI (*Il mandato*, cit., p. 33 ss.) il quale – come ricordato da R. BROGI, (*Sul mandato*, cit., p. 530) – ritiene appunto l'art. 1351 c.c. una "norma materiale" «nel senso che pur contemplando solo i contratti preliminari, contiene una statuizione che detta una disciplina uniforme per tutti i contratti che producono tra le parti gli stessi risultati pratici»: sulle origini del concetto di «norma materiale» nel pensiero del Kohler, v. B. CARPINO, tuttavia contrario all'estensibilità al mandato della forma prevista per il preliminare dall'art. 1351 c.c., in *I contratti speciali*, cit., p. 43.

dalla *eadem ratio* tra forma espressamente sancita per il preliminare e forma non prevista per il mandato ma pur necessaria per coerenza sistematica.

Ebbene, tale coerenza sistematica invece rivela tutta la sua fallacia di una notte senza luna, solo disvelandosi l'eclissi del terzo, che appare il vero *vulnus* delle argomentazioni formaliste, negletto però da quelle liberali: infatti, per poter parlare di identità dei “risultati pratici” di contratti (preliminare-mandato), che dovrebbero avere una stessa disciplina formale, occorre una identificazione non solo oggettiva ma anche soggettiva di tali “risultati pratici” *quoad effectos*. È già stato sopra esaminato (§ 4, 5 e 6) che il contratto di mandato, pur avendo effetti giuridici solo tra mandante e mandatario, implica proprio nel suo “risultato pratico” – e quindi per la realizzazione compiuta dei suoi effetti giuridici – il coinvolgimento di un terzo specifico (e non peraltro di generici terzi): terzo specifico che, per quanto riguarda il mandato ad acquistare un determinato bene immobile è, per definizione, un terzo oggettivamente infungibile. Tale precisazione colloca allora il mandato in una dimensione fisiognomicamente distinta dal preliminare, il quale esaurisce la realizzazione dei suoi effetti giuridici – e quindi la realizzabilità dei suoi “risultati pratici” – tra le stesse parti che si obbligano a stipulare il definitivo. A cagione della ineludibile rilevanza della determinazione del terzo, manca cioè, nella fattispecie, quel “dominio finalistico”⁶⁸ degli effetti giuridici, che invece sussiste nel preliminare, risultando così inficiata la proclamata sussistenza dell'*eadem ratio* necessitante la forma solenne per il mandato ad acquistare bene immobili⁶⁹. *Eadem ratio*, che sussiste invece in una prelazione patizia ovvero in un patto di opzione. Né potrebbe opporsi a quanto sopra un'argomentazione *ex post facto*, per cui comunque l'atto di ritrasferimento è vicenda che si ricompone all'interno del rapporto tra mandante e mandatario; infatti la lettura formale del paradigma programmatico ed unitario del contratto di mandato non può prescindere *ex ante* dal coinvolgimento “condizionante” del terzo nella fase gestoria, implicata dalla successiva fase trasfusiva (§ 3 e 4).

Tale conclusione trova peraltro conferma sistematica nell'*argumentum a contrario*⁷⁰ rispetto all'obbligo di forma previsto per l'atto funzionale pro-

⁶⁸ Per «il concetto di dominio finalistico dell'azione», mutuato dalla scienza penalistica, v. M. GALLO, *La teoria dell'azione «finalistica» sulla più recente dottrina tedesca*, Milano, 1967.

⁶⁹ Ne discende, come corollario, la non divisibilità della tesi di R. CALVO, che argomenta la necessità formale per la revoca del mandato proprio dall'assunto della necessità formale per il mandato funzionale all'acquisto dei beni immobili, v. *Il mandato*, III B) *L'estinzione del mandato*, in P. SIRENA (a cura di), *I contratti di collaborazione*, cit., p. 248.

⁷⁰ Sull'*argumentum a contrario*, *ex multis*, S. GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, Paris, 2013, p. 40 ss.

prio della spendita del nome presso terzi (art. 1392 c.c.: *forma della procura*), giacché, nella logica stessa dell'interposizione reale operata dal mandato senza rappresentanza, l'interesse gestorio è naturalmente perseguito e realizzato, restando inostensibile al terzo l'identità del mandante proprio per la voluta assenza di *contemplatio domini*⁷¹: si pensi all'utilità del fenomeno interpositorio, nell'ipotesi in cui il terzo mai venderebbe un dato bene al mandante o glielo venderebbe a condizioni meno vantaggiose. Ragion per cui, il mandato – *per la contraddizione che nol consente* – non può esser investito *de iure* di una forma virtualmente ostensibile ai terzi o da essi conoscibile: infatti, che la riservatezza del mandante sia un elemento naturale anche se non essenziale del contratto di mandato⁷², è confermato altresì indirettamente proprio dall'art. 1707 c.c., che considera una data forma del mandato solo strumento di opponibilità ai terzi creditori con pretesa esecutiva su quei beni che – in esecuzione del mandato – siano acquisiti alla sfera del mandatario. Dalle considerazioni precedenti, risulta dunque ribadita l'autonomia logica fondamentale tra rapporto di mandato e rapporto tra il terzo e il mandatario⁷³, il quale agisce in virtù dei propri poteri⁷⁴, non essendo necessaria ontologicamente alcuna saldatura formale tra negozio gestorio e contratto di mandato, la cui opportuna forma, a determinati effetti, è rimessa alle cautele della privata autonomia⁷⁵.

ANTONIO BELLIZZI DI SAN LORENZO

⁷¹ Chiarissimo, in tal senso, G. BAVETTA, *Mandato*, cit., p. 322, «il mandante nel conferire l'incarico ha un preciso intento: mira a conseguire un determinato risultato, che non può (o non vuole) realizzare direttamente»; cfr., A. LUMINOSO, *Mandato*, cit., p. 64 ss.

⁷² Chiarissima la giurisprudenza nel senso che «l'ordinamento pienamente tutela anche l'interesse del mandante a non disvelarsi»: Cass., Sez. un., 8 ottobre 2008, n. 24772; Cass., 3 aprile, 2009, n. 8145, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it; cfr., *ex multis*, C. SANTAGATA, *Del mandato*, cit., p. 299; A. LUMINOSO, *o.m.c.*; V. DI GREGORIO, *Il mandato*, II, *Gli atti del mandatario nei confronti dei terzi*, in P. SIRENA (a cura di), *I contratti di collaborazione*, cit., p. 132 e G. ROSA, *Il mandato*, cit., p. 92. Diversamente, M. D'AURIA (*Il mandato*, cit., p. 161 ss.), che nega la rilevanza «all'interesse del mandante a restare nascosto agli occhi del terzo» quando, più articolatamente, è proprio l'autonomia del rapporto di mandato rispetto al rapporto tra mandatario e terzo a rendere *oggettivamente* possibile, anche se non necessario, il fenomeno della c.d. interposizione reale di persona che si distingue da quella fittizia, laddove il terzo è invece partecipe dell'accordo simulatorio trilaterale volto a costituire uno schermo soggettivo apparente rispetto ai generici terzi indeterminati: v., per tutti, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., rist., Napoli, 2012, pp. 153 e 180; chiarissimo, sotto tale ultimo profilo, G. FURGIUELE, *Della simulazione di effetti negoziali*, Padova, 1992, pp. 127-128; cfr. B. CARPINO, *I contratti speciali*, cit., p. 21.

⁷³ V., per tutti, Salv. ROMANO, *L'atto esecutivo*, cit., p. 84 e F. ALCARO, *Diritto privato*, 2ª ed., Padova, 2015, pp. 409-410.

⁷⁴ V. per una ricognizione A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.* XXXIV, Milano, 1985, p. 610 ss.

⁷⁵ Nel senso proprio di «potere di darsi un ordinamento» (Salv. ROMANO, *Ordinamenti giu-*

Abstract

L'analisi mira a valorizzare la posizione del terzo rispetto al negozio gestorio. Se il fulcro causale del contratto di mandato è costituito dall'interesse gestorio alieno, il limite dell'eccesso di mandato ne costituisce il limite; per la realizzazione dell'interesse gestorio, sussiste la complementarietà di due obbligazioni: quella *gestoria* in senso stretto e quella volta a trasfondere l'utile risultato della prima al mandante (*trasfusiva*). Ma qual è la rilevanza della posizione del terzo rispetto al contratto di mandato? Si cerca di dare una risposta a tale questione lasciata in ombra dalle trattazioni sul tema. Una volta chiarito che la determinazione del terzo non può essere considerata oggetto di una "condizione" in senso tecnico; si distingue tra negozi gestori, in cui il terzo assume un ruolo fungibile e quelli in cui ha un ruolo infungibile per la realizzazione dell'interesse gestorio. Così la posizione del terzo assume rilevanza nella *vexata quaestio* della forma del mandato.

This analysis aims at enhancing the position of a third party in the mandate contract. The mandate contract has the purpose to manage someone else's interest and it is limited by the scope of the mandate. To fulfill such purpose, the mandate contract triggers two complementary mandatory obligations: the obligation to manage the principal's affairs and the obligation to transfer the results of these affairs' management to the principal. But to what end the position of a third party may be material to the mandate contract? We try to give an answer to this question left in the shade by the legal doctrine. Provided that the free choice of the third party (to agree or not) can not be deemed as "condition" in the technical sense, it is worth to distinguish whether or not to fulfill the principal's interest the third party's performance is fungibile. The analysis of the third party's position is crucial to solve the issue of the form of the mandate contract.

ridici privati, in F. VASSALLI, *Studi giuridici*, III, 2, Milano, 1960, p. 492) inteso «nel particolare suo atteggiarsi come *criterio di scelta del tipo di azione, volta all'instaurazione della regola*», v. G. Palermo, *L'autonomia negoziale*, cit., p. 26.