

TRATTATO DI DIRITTO COMMERCIALE

fondato da Vincenzo Buonocore

diretto da Renzo Costi

Sezione II - Tomo 3.VIII

LUCA BARCHIESI - FRANCESCO BOTTONI

IL MANDATO



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

CAPITOLO I

LA PRESTAZIONE GESTORIA

SOMMARIO: 1.1 Il tipo. Il contenuto della prestazione del mandatario. Mandato e locazione d'opera. Cenni. – 1.2. (*Segue*) Il contenuto della prestazione del mandatario. Gli “atti giuridici”. – 1.3. La cooperazione “giuridica”. Atti giuridici e attività materiale o immateriale. – 1.4. Il contenuto negoziale del mandato: atti da compiere e atti “necessari” ai primi. – 1.5. Prestazione d'opera. Prestazione gestoria. Il risultato giuridico. Cenni. – 1.6. Collaborazione tecnico-pratica e cooperazione giuridica. “Rifrazione” dei rischi dell'attività. – 1.7. Agire “per conto”. Agire in surrogazione del mandante. La natura fungibile dell'attività del mandatario. Cenni. – 1.8. Generalità e “non personalità” del *facere* gestorio. Professionalità del *facere* d'opera. Distinzione tra mandato e altre figure affini. Cenni. Il vincolo di subordinazione. – 1.9. La causa della cooperazione giuridica quale *tertium genus*. – 1.10. L'attività materiale tra cooperazione giuridica e locazione d'opera. Casistica. – 1.11. Individuazione del tipo negoziale mandato e sua distinzione da altre figure “di confine” mediante la riduzione ad unità funzionale della eterogeneità degli atti (giuridici, materiali, necessari, non necessari). – 1.12. La struttura della prestazione gestoria. La doverosità della cura dell'interesse altrui. La cooperazione “inversa” (l'agire in nome altrui e per conto proprio). – 1.13. L'interesse del soggetto diverso dal mandante. Uso indiretto del mandato: critica. “Sottotipi” negoziali. Segue. – 1.14. I “sottotipi” del mandato visti attraverso il plurimo impiego dell'incarico delegatorio. – 1.15. Destinazione “anche” al mandatario e/o al terzo dei risultati utili della gestione quale “sottotipo” del mandato. – 1.16. Varianti strutturali del contratto: “mandato a favore di terzo”; “mandato per conto del terzo”.

1.1. *Il tipo. Il contenuto della prestazione del mandatario. Mandato e locazione d'opera. Cenni*

Nel contratto¹ tipico² di mandato³, il mandatario si obbliga⁴ a compiere

¹Si osserva che per l'assunzione volontaria di un obbligo, qual è quello proprio del mandatario (di gestire uno o più affari), è necessario il relativo consenso; l'incontro di volontà, ovvero la “struttura contrattuale del mandato” (B. CARPINO, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIV, *I contratti speciali*, Torino, 2007, p. 7), sembra comunque connotare il tipo: poiché, così come nella ipotesi gratuita, ove non è ammissibile far gravare unilateralmente sul mandatario un sacrificio privo del correlato vantaggio, nella ipotesi onerosa, non è, del pari, ammissibile vincolare unilateralmente il gerito a subire l'effetto di un'iniziativa unilaterale del gestore, al di fuori del caso in cui ricorrano i presupposti della gestione di affari altrui, di cui all'art. 2028 e seguenti c.c. Inoltre, l'assunzione da parte del gerito di obblighi *ex lege*, esclude che il contratto possa concludersi secondo lo schema cui all'art. 1333 c.c., ciò anche se l'iniziativa fosse presa dal proponente mandatario (*ivi*, pp. 8, 44, il quale, vieppiù, rileva che

atti giuridici, mentre il mandante è tenuto a ricevere le perdite e i profitti

la forma del mandato è sempre libera, essendo, quella vincolata, ammissibile solo ove richiesta “specialmente” dalla legge, non essendo un tale requisito di validità dell’atto estensibile analogicamente al di là dei casi previsti, tanto più che il mandato non può essere fatto rientrare nella previsione di cui al n. 1 dell’art. 1350 c.c.). Sulla forma del mandato, sulla quale si tornerà in seguito, cfr. G. DI ROSA, *Il mandato*, I, Artt. 1703-1709, in *Commentario cod. civ. Schlesinger*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, p. 80 ss. Circa la natura contrattuale del mandato, nonché la sua struttura bilaterale, A. VENDITTI, *Appunti sul mandato*, Napoli, 1966, pp. 7, 11.

²Si possono configurare ipotesi negoziali caratterizzate da un’autorizzazione a gestire, alla quale non si accompagna l’assunzione da parte del gestore di un impegno e/o obbligo preciso, ma solo di una mera facoltà, possibilità e/o opportunità, talvolta pattuita per mezzo di clausole che evidenziano forme di obbligazioni potestative (“se vorrà”): la cura dell’interesse del gerito ne evidenzia, comunque, una causa gestoria idonea a ricomprendere tali fattispecie nell’area della “cooperazione gestoria”, funzionalmente riconducibile al mandato (cfr. A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1984, p. 387; ID., *Il mandato*, Torino, 2007, p. 90), ma, data l’assenza del relativo tratto tipico rappresentato dall’obbligo del gestore, sostituito da una mera facoltà, esse vengono qualificate come ipotesi integranti un contratto atipico unilaterale (cfr. G. MINERVINI, *Il mandato. La commissione. La spedizione*, in *Trattato dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1952, p. 14, specie nota 14), salvo riscontrarne, di volta in volta all’esito di un’analisi delle circostanze concrete (cfr. A. AURICCHIO, voce *Autorizzazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 506 ss., specie 508), il rilievo di mere proposte di mandato, destinate ad essere accettate *ex art.* 1327 c.c., allorché si strutturino per mezzo di autorizzazioni con cui il proponente (mandante) permette all’oblato (mandatario) di porre in essere atti idonei a provocare effetti attivi e passivi inerenti la sfera giuridica del primo (W. BIGIARI, *La delegazione*, Padova, 1940, p. 144 ss.; L. MENGONI, *L’acquisto “a non domino”*, Milano, 1949, p. 49 ss., A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977, p. 175 ss., A. VENDITTI, *op. cit.*, p. 11, specie nota 17), ovvero quali meri mandati di cortesia (N. LIPARI, *Rapporti di cortesi, rapporti di fatto, rapporti di fiducia (Spunti per una teoria dei rapporti giuridici)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, pp. 415 ss., 425 ss.).

³Per una ricognizione storica, cfr. G. PROVERA, voce *Mandato (storia)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 311 ss. Sulla evoluzione del tipo, prima dell’unificazione tra mandato civile (artt. 1737-1763 del Codice Civile del 1865) e mandato commerciale (artt. 349-366 del Codice di Commercio del 1882), operata dal legislatore del 1942, si veda l’ampia ricostruzione di C. SANTA-GATA, *Del mandato. Disposizioni generali (artt. 1703-1709)*, in *Commentario cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1985, p. 7 ss.

⁴Il mandato è un contratto obbligatorio, costitutivo di un obbligo di fare a carico del mandatario, consistente in un’attività di tipo lavorativo di carattere autonomo, non subordinato (B. CAPPINO, *Il mandato*, cit., pp. 13, 21, 44-45, circa l’effetto esclusivamente obbligatorio di tale contratto, privo di per sé di “attitudine dispositiva-traslativa”). L’obbligo indica la giuridicità del vincolo che, come si vedrà di qui appresso, dà luogo ad un impegno preciso, in capo al mandatario, di compiere l’atto; l’allentamento di questo obbligo, fin tanto che si traduce solo in un corrispondente affievolimento della “vincolatezza” dell’impegno assunto dal mandatario – ciò che accade, come si è accennato, se in capo al gestore viene addossato non già un obbligo, quanto piuttosto riconosciuta una mera facoltà di compiere l’atto –, pone solo una questione di qualificazione della fattispecie negoziale, poiché, come si vedrà di qui appresso, “l’obbligazione del mandatario che compare nella formula dell’art. 1703” deve “considerarsi un effetto essenziale del tipo legale alla stregua della normativa vigente”; se, invece, l’obbligo non solo è “allentato”, ma, si direbbe, è del tutto escluso, non tanto perché ad esso viene sostituita una facoltà, quanto perché il compito assunto dal gestore trova la propria legittimazione non già in un impegno giuridico, quanto piuttosto

dell'attività del mandatario⁵, nonché a corrispondere, presuntivamente⁶, un

sto in un dovere morale o sociale, allora ci si potrebbe trovare di fronte, come è già stato accennato, ad un rapporto di cortesia (su tali aspetti, ai quali si riferiscono le espressioni riportate letteralmente, cfr. A. LUMINOSO, *Mandato*, cit., p. 89 ss., specie nota 120). In senso contrario, circa la possibile individuazione, nella cooperazione – che pure dispone di un connotato di “tipicità sociale”, essendo, l’interesse ad essa sottostante, rispondente ad una sicura funzione economico-sociale oggettiva –, di un’istanza di mera “solidarietà sociale”, priva di tutela giuridica, che collocherebbe la relazione intersoggettiva “sul piano della benevolenza, convenienza, civismo, *affectio*, amicizia”, e che farebbe di essa un mero “rapporto di cortesia”, e sulla possibile prospettabilità di indici rivelatori di un siffatto modo di atteggiarsi, “fuori dal diritto”, dell’attività del cooperatore, si è concluso in senso negativo; sicché, a prescindere dalle istanze morali e sociali, che pure possono accompagnarsi alla nascita di tali rapporti, essi restano tendenzialmente inquadrabili nell’ambito della regolamentazione legale la cui disciplina peraltro “copre anche tutte le ipotesi di prestazione gratuita dell’attività del mandatario” (C. SANTAGATA, *Del mandato*, cit., p. 44 ss., specie 48, 49, 50). Per una sintesi, in merito all’ulteriore distinzione tra mandato e negozio fiduciario, B. CARPINO, *op. cit.*, p. 23 ss. In giurisprudenza, cfr. Trib. Brindisi 9 settembre 2021 n. 244, in *DeJure*, per il quale, invece, il negozio fiduciario va assimilato al mandato senza rappresentanza, perché entrambi sono espressioni dell’interposizione reale di persona, per i quali è sufficiente una stipulazione in forma orale, per il principio della libertà delle forme (nel medesimo senso, cfr. Trib. Napoli 1° dicembre 2020 n. 8178, in *DeJure*). In un senso, invece, teso a distinguere tra negozio fiduciario e mandato senza rappresentanza, cfr. Trib. Velletri 4 gennaio 2023 n. 2, in *DeJure*, per cui l’atto con cui il contraente acquista un fondo in proprietà comune, e trasferisca, poi, agli altri contraenti la quota loro spettante, non è un negozio fiduciario di tipo traslativo (che è stipulato tra alienante e acquirente in vista di uno scopo ulteriore rispetto a quello proprio dell’alienazione), né può essere assimilato ad una c.d. fiducia di tipo statico (che si innesta in una situazione giuridica preesistente in testa alla persona che con il *pactum fiduciae* accetta di dirottarla dal suo naturale esito), ma deve essere ricondotto alla figura giuridica del mandato senza rappresentanza.

⁵Si è osservato che, a fronte del compimento dell’atto gestorio da parte del mandatario, il mandante è “tenuto” – non solo a cooperare con il mandatario, al fine di rendergli possibile l’esecuzione della prestazione, al pari di un qualsiasi creditore, per cui il rifiuto di cooperazione genererebbe una sua responsabilità da inadempimento (A. LUMINOSO, *Mandato*, cit., pp. 365 ss., 578 ss.; G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. 1, Milano, 1962, p. 132) – ad acquisire per sé i risultati vantaggiosi e svantaggiosi derivanti dall’attività svolta dal mandante stesso (ovvero, a “tenere indenne il mandatario da tutte le conseguenze della gestione (art. 1720 c.c.), obbligo che, al pari di quello gravante sul mandatario, “di far pervenire al mandante tutti i risultati della gestione (art. 1713 c.c.)”, risulta, rispettivamente, presidiato dall’*actio mandati contraria* e dall’*actio mandati*, A. VENDITTI, *op. cit.*, p. 8); se, per contratto, il gerito dovesse restare invece “libero” di acquisire per sé o di rifiutare i risultati gestori (che, ove rifiutati, resterebbero a vantaggio del gestore), verrebbe allora meno un tratto tipico del mandato, giacché in capo al mandante, cui è riservata la scelta potestativa più sopra indicata, dovrebbe essere individuata una “situazione creditoria meramente potestativa” (cfr. A. LUMINOSO, *Mandato*, cit., p. 91, specie nota 120).

⁶In giurisprudenza, cfr. Appello Roma 25 novembre 2020 n. 584, in *De Jure*, quanto al compenso spettante all’amministratore, la cui veste va identificata con quella del mandatario rispetto al rapporto con il condominio, sicché la remunerazione, alla luce del combinato disposto di cui agli artt. 1709 e 1135 n. 1 c.c., è dovuta salvo il caso in cui sia stata espressamente pattuita la natura gratuita della prestazione; in senso conforme, Cass. 16 aprile 1987 n. 3774, in *DeJure*, nonché Trib. Messina 9 febbraio 2012 in *Giust. civ.* 2013, I, p. 2612, per le quali anche la previsione di un compenso forfettario, come tale comprensivo di qualsiasi attività che l’amministratore dovesse trovarsi a eseguire nel corso del mandato – così come la negazione di qualsiasi compenso –, è tale

compenso⁷, a meno che provi di non dovere alcunché⁸.

da superare la presunzione di onerosità del rapporto, prevista dall'art. 1709 c.c., sicché, in quanto spetta esclusivamente all'assemblea di condominio, ex art. 1135 n. 1 c.c., decidere se e quale retribuzione spetti all'amministratore per l'attività di gestione, non vi è possibilità di distinguere, da parte del giudice, ai fini del riconoscimento di un compenso ulteriore, fra gestione ordinaria e straordinaria. Sempre in merito ad un'applicazione particolare del ridetto principio di presunzione di onerosità, cfr. Cass., Sez. lav., 28 maggio 1985 n. 3236, in *Foro it.*, 1986, I, c. 156, nonché Cass., Sez. lav., 13 novembre 1984 n. 5747, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 448, per le quali il rapporto di amministrazione nella società in nome collettivo, anche se nascente dal contratto sociale, è riconducibile alla figura del mandato, per cui ad esso si applica la presunzione di onerosità con la conseguenza che all'amministratore spetta un compenso particolare per l'attività svolta, salvo che sia stata pattuita la gratuità dell'ufficio o una posizione di particolare rilievo nella distribuzione degli utili a favore del socio amministratore. Più in generale, cfr. Cass. 3 luglio 2018 n. 17384, in *DeJure*, nonché Cass. 27 giugno 2014 n. 14682, in *DeJure*, per le quali, la presunzione di onerosità del mandato ha carattere relativo e può essere superata dalla prova della sua gratuità, desumibile dalle circostanze del rapporto, come la presenza di una relazione di parentela intercorrente tra le parti, la qualità del mandatario, il contegno delle parti, anteriore e successivo allo svolgimento delle prestazioni.

⁷ Il mandato oneroso (di regola e/o normalmente, A. VENDITTI, *op. cit.*, p. 5) è, nell'opinione prevalente, considerato un contratto a prestazioni corrispettive, nel quale il sinallagma si pone tra le due prestazioni costituite, da un lato, nel *facere* (attività di "lavoro in senso ampio", *ivi*, p. 1) posto a carico del mandatario, e dall'altro, nel compenso che grava sul mandante (che ha natura di controprestazione, G. SCALFI, *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, p. 460); fuori da tale schema, in cui possono essere apprezzati "i contrapposti vantaggi e sacrifici economici legati da un nesso di corrispettività", si collocano tutte quelle prestazioni, anche consistenti in spostamenti patrimoniali reciproci, strumentali all'attuazione del programma gestorio, prestazioni che, anche se non trovano titolo nello scambio coperto dal sinallagma, si giustificano pur sempre in ragione della "causa gestoria", la quale sovrasta e finisce per assorbire il tratto dello scambio (cfr. A. LUMINOSO, *Mandato*, cit. p. 146 ss.). L'obbligo di somministrare i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato e per l'adempimento delle obbligazioni che a tal fine il mandatario ha contratto in nome proprio (art. 1719 c.c.), non avendo natura di controprestazione per il mandante, non potrà essere dedotto in un'eccezione d'inadempimento, da parte del mandatario che si veda rifiutato l'anticipo dei fondi necessari per adempiere, ma potrà giustificare la contestazione di una *mora credendi*, ai sensi dell'art. 1206 e ss. c.c. (F. REALMONTE, *Eccezione d'inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 222; A. VENDITTI, *op. cit.*, p. 43). Quanto al mandato gratuito, è pacifica, invece, l'assenza del nesso di reciprocità tra le obbligazioni che, in quanto poste comunque per legge a carico di entrambe le parti, lo caratterizzano (B. CARPINO, *op. cit.*, p. 170). Il carattere non corrispettivo del mandato oneroso viene, da ultimo, riaffermato da L. NANNI, *Dell'estinzione del mandato (artt. 1722-1730)*, in *Commentario cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994, p. 45 ss., il quale, nel richiamare la precedente dottrina che ha dubitato del carattere della corrispettività delle prestazioni dedotte nel mandato, nella prospettiva di escludere l'applicazione al mandato del rimedio della risoluzione del contratto, osserva: 1) che un tale dubbio è fondato, visto che la stessa onerosità neppure costituisce elemento essenziale del contratto, alternativamente gratuito; 2) nella variante onerosa, l'opera non è prestata "per" un corrispettivo, ma solo "dietro" corrispettivo; 3) valgono altri criteri di calcolo del "compenso", non essendo, questo, commisurato al valore della prestazione adempiuta, ma essendo piuttosto rispondente ai moventi che inducono ad assumere l'incarico, non di speculazione, ma di amicizia, ossequio, beneficenza, liberalità; 4) il danno risarcibile dal mandatario, per l'ipotesi del recesso dal contratto da parte del mandante, ex art. 1725 c.c., deve essere contenuto nei ristretti limiti del rimborso delle spese e del pagamento del compenso per l'opera prestata fino alla revoca, non già esteso sino a ricomprendere tutto ciò che il mandatario avrebbe percepito se avesse potuto porta-

Anche quando il mandato è oneroso, non è la prestazione del pagamento del compenso a connotare il tipo⁹, essendo, questo, identificabile esclusiva-

re a termine il mandato. Gli argomenti usati per negare il carattere della corrispettività al mandato oneroso non sono condivisibili, in quanto: 1) è con riferimento al “sottotipo” del mandato oneroso che deve essere rapportata la presenza di un carattere sinallagmatico tra le prestazioni, sempre considerando che non è, comunque, la generica prestazione pecuniaria, ove prevista, quanto, piuttosto, la specifica prestazione di *facere* posta a carico del mandatario, a connotare l'essenza del tipo contrattuale; 2) l'ipotesi interpretativa basata su una supposta differenza di significato tra le proposizioni indicate non è sufficientemente conferente; 3) anche la retribuzione del lavoratore è “proporzionata” in un modo che va oltre il valore della prestazione lavorativa, *ex art. 36 Cost.*, senza con ciò perdere il suo carattere sinallagmatico, né appare utile, al fine di escludere il carattere corrispettivo del compenso, ove previsto, il motivo che di volta in volta induce ad assumere l'incarico, al più rilevante semmai, come è già stato rimarcato, per escludere il carattere giuridico dell'impegno, allorché questo possa essere stato assunto per l'adempimento di un dovere morale o sociale che richiami il sorgere di un mero rapporto di cortesia; 4) la disposizione di cui all'art. 1725 c.c. prevede, chiaramente, il diritto del mandatario al “risarcimento”, ove ricorrano le condizioni ivi previste, né risulta che la prestazione “risarcitoria” debba essere eseguita nei limiti del solo obbligo di tenere indenne e/o rimborsare il mandatario delle spese sostenute nonché di compensare il medesimo solo per l'opera prestata fino alla revoca, e che non dovrebbe essere ricompreso, nel *quantum* risarcibile, il mancato guadagno, in deroga ai criteri che, invece, governano normalmente e in generale il risarcimento del danno *ex art. 1223 c.c.*

La questione della corrispettività o meno del mandato oneroso ha, come si è visto, conseguenze sull'applicabilità o meno della disciplina della risoluzione per inadempimento; al riguardo si osserva che la risoluzione è strumento esclusivo di tutela del solo mandante, poiché l'obbligo di corrispondere il compenso si collega e diventa attuale esclusivamente al compimento dell'atto gestorio, “compimento che ... costituisce il fondamento dell'azione diretta ad ottenere la corresponsione del compenso”, per cui non è ammissibile, sul piano logico-giuridico, un'azione di risoluzione per inadempimento spettante al mandatario, considerati gli effetti restitutori retroattivi che altrimenti, dall'accoglimento della stessa, dovrebbero scaturire (B. CARPINO, *op. cit.*, p. 170 ss.). Invero, se si è disposti a riconoscere, in conformità alla prevalente dottrina, il tratto della corrispettività del mandato oneroso, si dovrebbe coerentemente ritenere che un tale tratto ben potrà essere “declinato” dall'autonomia privata nel modo che le parti ritengano più confacente ai loro interessi, e dunque, ipotizzando anche la previsione del pagamento di una parte o di tutto il compenso anche prima del compimento dello stesso atto gestorio, stabilendo un termine essenziale per l'adempimento, scaduto il quale il contratto potrà essere considerato idoneo a risolversi *ex art. 1457 c.c.*, o prevedendo la prestazione del pagamento del compenso da parte del mandante quale obbligazione che, se non adempiuta, provochi la risoluzione *ex art. 1456 c.c.* Così come è possibile, per le parti, stabilire dispositivi negoziali idonei a porre il compimento dell'atto gestorio e il pagamento del compenso quali controprestazioni poste su un piano di simultaneità, secondo lo schema di cui all'art. 1460 c.c. Si veda, a tal proposito, C. SANTAGATA, *Del mandato*, cit., p. 397, in cui si rimarca che, soprattutto con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 1706 c.c., l'acquisto da parte del mandante possa essere subordinato pattiziamente al compimento di un ulteriore atto traslativo ad opera del mandatario, da effettuarsi solo dopo che quest'ultimo si sia visto previamente soddisfare le sue spettanze.

⁸ C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 50, osserva che “l'intento (anche inespresso) di obbligarsi solo sul piano economico-sociale della benevolenza, convenienza, amicizia, ecc. ... ben può costituire appunto l'oggetto di quella prova richiesta ... per vincere la presunzione *iuris tantum* di onerosità (art. 1709)”.

⁹ La mancanza del compenso, in un contratto naturalmente oneroso, fa del mandato un contratto gratuito tipico con “causa sostanzialmente liberale”, inidoneo ad integrare una donazione

mente tramite la prestazione costituita dall'obbligo del compimento di atti giuridici, gravante in capo al mandatario, da eseguirsi a favore del mandante¹⁰.

La disposizione di cui all'art. 1703 c.c. prevede, espressamente, il compimento di "atti giuridici" come oggetto della prestazione del mandatario¹¹,

diretta, il cui tipo è individuato in positivo, *ex art. 769 c.c.*, oltre che in negativo, ovvero "per esclusione ... rispetto alle altre figure contrattuali nominate a titolo gratuito"; sicché, la prestazione tipica del mandatario (di cooperazione giuridica), quando è gratuita, è pur sempre disciplinata in modo autonomo, e non consente, pertanto, un'assimilazione al caso della "figura contrattuale gratuita" del contratto d'opera avente ad oggetto una cooperazione materiale, dove è invece possibile il ricorso alla fattispecie di chiusura rappresentata dalla donazione c.d. obbligatoria, *ex art. 769 c.c.* (cfr., per tali aspetti, cui si riferiscono le espressioni riportate letteralmente, A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 144 ss., specie nota 104). Sulla formazione del consenso, nel mandato gratuito, a proposito dell'applicabilità ad esso del procedimento di cui all'art. 1333 c.c., cfr., in particolare, E. DEL PRATO, *Il mandato. Profili*, ed. provv., Torino, s.d., ma 2002, pp. 109-113, per il quale lo schema citato non si presta ad essere usato se la proposta parte dal mandante, perché il mandatario, obbligato a compiere l'atto, si assoggetta ad un contratto oneroso che abbisogna di una sua accettazione, mentre può, in astratto, essere utilizzato se l'iniziativa parte dal mandatario, a meno che in capo al mandante, quale destinatario della proposta, non derivino oneri economici, giacché anche in tal caso sarebbe altrimenti richiesta una sua accettazione; in concreto, pertanto, ad esso potrà farsi ricorso solo derogando all'art. 1719. In generale, C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 107 ss., nonché A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 181 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. 24 giugno 1993 n. 7008, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 1079, per cui, a differenza del mediatore, il quale ha diritto alla provvigione solo dopo la conclusione dell'affare, il mandatario può chiedere il compenso dovuto prescindendo dal risultato, a meno che le parti non abbiano ad esso condizionato il relativo pagamento, sicché, in tal caso, rileva particolarmente l'individuazione della serie degli atti giuridici e materiali che, oltre a quelli per i quali il mandato è stato conferito, siano necessari al suo compimento.

¹⁰L'obbligo di compiere atti giuridici richiama il dover assumere "su di sé la paternità" degli atti giuridici "cioè compierli in proprio", sicché "il modo d'essere naturale del mandato, la sua figura semplice", come si evince dalla disposizione di cui all'art. 1704 c.c., "è quella del mandato senza rappresentanza", istituito, questo, del tutto autonomo rispetto alla rappresentanza, quale dispositivo, quest'ultimo, che resta estraneo alla struttura del contratto di mandato, A. VENDITTI, *op. cit.*, pp. 8, 10; R. SACCO, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1387, specie nota 1 L'identificazione tipologica del mandato consente di porre in evidenza l'individuazione in capo al mandatario di un obbligo al compimento dell'atto gestorio, sicché, in tutti i casi nei quali si assiste, come è già stato segnalato, ad un allentamento della "vincolatezza" del rapporto giuridico, nel senso che in capo al gestore si delinea solo una facoltà, anziché un obbligo, di compiere l'atto, allora, stante il venir meno di quel minimo di "doverosità" che, in riguardo al gestore, ne consente una qualificazione della posizione in veste in mandatario, ci si troverebbe di fronte, pur sempre, ad un rapporto negoziale appartenente "all'area ... della cooperazione gestoria", che, però, in quanto privo dello "effetto essenziale del tipo legale" di cui all'art. 1703 c.c., costituito, appunto, dall'obbligazione del mandatario di compiere l'atto, dovrebbe essere espressione di un contratto atipico; in tal senso, la qualificazione del singolo schema negoziale, nel senso della tipicità o della atipicità, passa attraverso l'interpretazione del contenuto del contratto, in particolare al fine di verificare e "stabilire se e fino a qual punto un'attenuazione della citata obbligazione consenta di qualificare ancora come mandatario il gestore" (cfr. A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 88 s., specie nota 120).

¹¹Quanto agli obblighi del mandatario, accanto alla disposizione di cui all'art. 1703 c.c., che rinvia alla prestazione tipica cui si impegna il mandatario, si collocano una serie di norme: l'art. 1708 c.c., che prescrive al mandatario il compimento anche di tutti gli atti necessari per

sicché ci si è chiesti se in esso possa essere dedotto anche il compimento di “atti materiali”, sul presupposto, per lo più considerato pacifico, che il mandato non possa esaurirsi nel prevedere a carico del mandatario l’obbligo del compimento esclusivamente di attività meramente materiale¹², essendo la stessa non giuridica, così come non possa esaurirsi nel porre a carico del mandatario il compimento esclusivamente di attività di natura spirituale o in genere immateriale. La differente natura dell’attività, giuridica, da un lato, materiale o immateriale, dall’altro, consentirebbe infatti di distinguere il contratto di mandato dal contratto di locazione d’opera materiale o intellettuale, essendo, il primo, basato su una modalità di cooperazione giuridica, mentre il secondo, su forme di cooperazione materiale o immateriale¹³. Per tratteggiare ancor meglio la diversa natura dell’attività compiuta dal mandatario, rispetto al locatario d’opera, si è rimarcato: che al primo è richiesto di eseguire una prestazione il cui contenuto consiste in un’attività “volitiva” e/o “deliberativa”, di carattere “giuridico-negoziale”, di compiere, cioè, atti giuridici in senso proprio¹⁴, non meri fatti giuridici, ma fatti comportamentali per i quali è richiesta, in capo all’agente, la volontarietà e la consapevolezza del comportamento, affinché ad essi l’ordinamento ricollegli gli effetti giuridici predeterminati, invece al secondo è richiesto di prestare un’attività tecnica, materiale, cioè fisica e/o manuale oppure tecnico-intellettuale; che, vieppiù, mentre nel primo caso, con la propria attività il mandatario si “surroga” alla volontà del mandante, sicché il suo agire volitivo e/o deliberativo si pone “in surrogazione” rispetto al soggetto che ha conferito l’incarico, nel

l’assolvimento del compito; l’art. 1710, comma 1, c.c., che impone al mandatario di adempiere ai propri obblighi con la diligenza del buon padre di famiglia; l’art. 1176, comma 2, c.c., quanto agli obblighi inerenti lo svolgimento di un’attività professionale, che richiede la valutazione della diligenza con riguardo alla natura dell’attività esercitata, e quindi con riferimento al parametro della diligenza professionale; l’art. 1710, comma 2, c.c., che obbliga il mandatario ad informare il mandante delle circostanze sopravvenute che incidono sul mandato (cfr. Trib. Locri 1° dicembre 2020, n. 598, in *DeJure*).

¹² Si è osservato, come si ribadirà meglio in seguito, che il compimento di un’attività materiale ben può essere dedotto in un mandato, se la sua realizzazione è richiesta in vista del risultato giuridico programmato, il cui raggiungimento dipende, cioè, anche dallo svolgimento di tale attività, ma è discusso “che possa costituire oggetto principale e specifico di obbligazione del mandatario”, B. CARPINO, *op. cit.*, p. 10.

¹³ La diversa natura dell’attività svolta nell’interesse di una parte, consente di distinguere la mediazione atipica unilaterale dal mandato, in quanto la prima non si estende al compimento di atti giuridici, come lo è invece per il mandato, ma riguarda solo il compimento dell’attività materiale consistente nel mettere in relazione il venditore e il potenziale acquirente (Trib. Venezia 29 aprile 2021, n. 761, in *DeJure*; Trib. Vercelli 7 aprile 2021, n. 174, in *DeJure*; App. Torino 16 gennaio 2004, in *Giur. merito*, 2004, p. 2005).

¹⁴ Cfr. A VENDITTI, *op. cit.*, p. 5, che parla di “collaborazione di volontà”, in cui consiste il compimento dell’attività di “cooperazione giuridica” (in tal senso, anche P. SCHLESINGER, *Il pagamento del terzo*, Milano, 1961, p. 103), non meramente materiale.

secondo caso, il locatario compie un'attività, materiale o immateriale, nell'interesse altrui¹⁵.

La cennata distinzione nei termini appena indicati, tra mandato e locazione d'opera, non è invero esauriente, o meglio, risulta sufficiente nei limiti in cui si dia per scontata l'affermazione secondo cui un'attività meramente materiale o immateriale non possa costituire, da sé sola, idoneo contenuto della prestazione del mandatario; infatti, ove si voglia al contrario porre la questione se oggetto della prestazione del mandatario possa essere, anche solo, il compimento di atti materiali e/o immateriali, ci si accorgerebbe allora che il contraddistinguere questi ultimi come atti che per definizione consistono in un'attività fisica o intellettuale resa nell'altrui interesse, di semplice "cooperazione interna", non condurrebbe, di fronte ad un caso di attribuzione ad un soggetto del compito di eseguire un atto materiale o intellettuale nell'interesse altrui, a distinguere se una tale prestazione formi oggetto di mandato piuttosto che di locazione d'opera¹⁶.

Di alcun rilievo discreitivo, a tal fine, è non solo il tratto rappresentato dal rendere una prestazione nell'altrui interesse, ma anche, come si vedrà meglio in seguito, quello che individua, nell'attività di cooperazione non giuridica, giacché materiale, una forma di "cooperazione interna"¹⁷, in quanto tale non deducibile ad oggetto di mandato, essendo, invece, ivi deducibile solo quella esterna, cioè, appunto, quella giuridica, tale in quanto consista nel compimento di atti giuridici, quali fatti sempre risolvendosi nella costituzione di rapporti giuridici con terze persone; su questo aspetto si tornerà in seguito.

Pare invece di particolare interesse, nell'ottica della verifica di un'ipotesi per la quale il mandato possa anche esaurirsi nel prevedere a carico del mandatario solo l'obbligo di attività meramente materiale, appuntare l'attenzione sul carattere rappresentato dall'attività "in surrogazione" del soggetto che ha conferito l'incarico¹⁸, quale particolare atteggiarsi della prestazione materiale e/o immateriale rinvenibile solo nel contratto di mandato e non, invece, nella locazione d'opera; ma anche su tale profilo si tornerà in seguito.

¹⁵ Cfr. C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 56 ss.

¹⁶ Che l'attività del mandatario realizzi, invece, una forma di "cooperazione esterna", cfr. G. MINERVINI, *op. cit.*, p. 10 ss., S. PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Napoli, 1965, p. 166 ss.; A. VENDITTI, *op. cit.*, p. 5.

¹⁷ In tal senso, cfr. anche C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 71 ss.

¹⁸ Cfr., per un tale specifico profilo, già Cass. 6 maggio 1943 n. 1081, in *Giur. it. Mass.*, 1943, p. 418 e, di seguito, Trib. Roma 4 aprile 1960, in *Temi rom.*, 1960, p. 695, nonché Cass. 3 febbraio 1978, n. 501, in *Giur. it. Mass.*, 1978, p. 113.

1.2. (Segue) *Il contenuto della prestazione del mandatario. Gli “atti giuridici”*

Condivisibile è l'affermazione per cui la prestazione del mandatario normalmente consiste in atti per i quali è rilevante giuridicamente la volontà dell'agente, ma ciò non basta ad esaurire il contenuto della prestazione del mandatario.

Tradizionalmente, si è osservato che la prestazione del mandatario possa consistere nel compimento di negozi giuridici e di atti giuridici non negoziali, cioè di atti giuridici in senso stretto, e si è anche proposto di annoverare, nell'ambito dell'oggetto del mandato, l'esecuzione, oltre che degli atti volitivi in senso proprio, anche delle dichiarazioni di scienza¹⁹.

L'esclusione, dall'oggetto del mandato, dell'attività meramente materiale ha invece portato a ritenere non idoneo ad integrare il contenuto della prestazione del mandatario, quel comportamento che non si sostanzia in una dichiarazione, ma si è al proposito obiettato correttamente che anche una c.d. operazione materiale, caratterizzata dal fatto che, mediante essa il soggetto manifesti un proprio intento, seppure non per mezzo di dichiarazioni scritte o verbali, quanto piuttosto mediante comportamenti – che, se di rilievo negoziale, prendono il nome di comportamenti concludenti e di negozi di attuazione –, è tale da assurgere ad atto giuridico in senso stretto²⁰, e che, dunque, anche un'operazione materiale, in quanto indicativa di una certa volontà dell'agente, pur se non espressa attraverso un fatto di linguaggio, possa essere dedotta ad oggetto di mandato. Ciò che conta, si precisa al riguardo, è che l'atto giuridico non dichiarativo sia stato dedotto nel programma gestorio affidato alla cura del mandatario, quale operazione materiale da compiersi in quanto funzionalmente necessaria a soddisfare l'interesse del mandante, giacché idonea a produrre effetti giuridici apprezzabili con riguardo alla sfera di quest'ultimo²¹.

In tal senso, può costituire oggetto della prestazione del mandatario l'atto giuridico in senso stretto che però non consiste in una dichiarazione di volontà e che si ha quando al mandatario è richiesto di manifestare una dichiarazione di scienza per conto del mandante²², come nel caso di avvisi, denunce, rilascio di quietanze, ove la partecipazione o comunicazione di fatti non

¹⁹ C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 56, specie nota 7.

²⁰ M. PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, XII ed., Torino, 2022, p. 111.

²¹ C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 59; A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 147, il quale sottolinea costantemente il tratto tipico dell'attività gestoria, apprezzabile prima ancora dal punto di vista economico, nel senso che, da tale angolazione, “in base al valore programmatico del mandato i lucri e le perdite che il mandatario consegue dall'attività gestoria ‘appartengono’ ... esclusivamente al mandante”.

²² C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 56.

richiede necessariamente la personalità della dichiarazione, riguardante fatti a sé noti, come nelle ipotesi della testimonianza, della confessione o del riconoscimento del figlio naturale²³.

Di particolare rilievo è il caso in cui un soggetto sia stato incaricato di trasmettere un messaggio verbale, rivestendo la qualifica di *nuncius*: ci si trova di fronte all'ipotesi in cui, al c.d. portavoce, viene affidato l'incarico di sostituirsi al *dominus* per la comunicazione di una dichiarazione spettante a quest'ultimo, sicché per il tramite della cooperazione ad opera del portavoce il *dominus* sarà in grado di realizzare, nella propria sfera, determinati effetti giuridici²⁴.

Torna così in primo piano la questione se oggetto della prestazione del mandatario possa essere anche solo l'esecuzione di un atto reale e/o di una operazione materiale, in tanto in quanto si rilevi che per l'esecuzione del compito affidatogli (trasmettere un messaggio verbale) al *nuncius* non è richiesta l'esplicazione di facoltà intellettive e di consapevolezza, essendo, la funzione da espletarsi, esplicazione di un'attività puramente di fatto, per la quale non rileva se il cooperatore intenda o meno il significato di quanto dovrà ripetere²⁵.

È stato correttamente osservato che, in casi di questo genere, cioè quando l'ausiliario si adopera a trasmettere semplicemente una volontà altrui, compiendo a tale scopo un'attività dichiarativa, pur esplicitando il riferimento della dichiarazione al *dominus*, egli non pone in essere una "spendita del nome altrui in senso tecnico"²⁶; ne consegue che pare ragionevole allora concludere che non sia, in tal caso, necessario qualificare l'attività svolta dal

²³ Cfr. P. SCHLESINGER, voce *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 381 ss., specie 383; nello stesso senso, cfr. C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 503, il quale richiama, quali dichiarazioni di scienza che debbono provenire personalmente dal soggetto, il quale deve attestare la propria conoscenza personale del fatto e assumersi la responsabilità della dichiarazione, la redazione d'inventario, i rendiconti, i bilanci, le perizie, ecc. (specie nota 41).

²⁴ Sull'attività di nunciazione, quale attività di cooperazione materiale, non giuridica, e, pur tuttavia, idonea a rientrare nell'ambito del mandato, cfr. G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Commentario cod. civ.*, Libro IV, tomo III, *Dei singoli contratti*, Torino, 1991, p. 552; nonché, C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 66. *Contra*, G. MINERVINI, *op. cit.*, p. 10, nonché A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 119, specie nota 8.

²⁵ Diversamente dall'ordinario, l'attività nel *nuncius* non è mero mezzo meccanico di trasmissione di una volontà altrui, sicché in tal caso sarebbe richiesta la capacità d'intendere l'esatto significato del messaggio, o quando il *nuncius* viene autorizzato a non attenersi rigorosamente al tenore delle espressioni adoperate dal *dominus*, potendo scegliere espressioni di tenore equivalente, o se riceve istruzioni alternative da seguire a seconda della situazione che gli si prospetta in concreto, cioè quando gli viene riconosciuta una certa discrezionalità in ordine al comportamento da adottare, in tutti i casi nei quali dal comportamento prescelto possano derivare taluni effetti giuridici piuttosto che altri (cfr. C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 64, specie note 2 e 3).

²⁶ In tal senso cfr. C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 66, specie nota 9.

soggetto incaricato di emettere e trasmettere la dichiarazione di volontà non negoziale quale attività intellettuale e volitiva, ma che sia invece sufficiente identificare in essa un'azione in cui l'incaricato si limita ad essere un cooperatore meramente materiale²⁷.

Per l'affermativa circa la deducibilità ad oggetto del mandato della mera attività materiale di trasmissione di un messaggio, si rimarca, appunto, che una tale attività è pur sempre un'attività giuridica, poiché con essa viene manifestata e trasmessa la dichiarazione di volontà di chi ha conferito l'incarico, il quale, avvalendosi dell'attività del mandatario, quale attività che si inserisce in una ben precisa dinamica giuridica riferibile al processo di formazione e comunicazione di specifici atti aventi carattere recettizio, viene perciò a subire le conseguenze giuridiche che da una tale dichiarazione, anche se per ipotesi comunicata e trasmessa in modo infedele, derivano²⁸.

Per vero, tranne il caso in cui al *nuncius* venga riservato un certo margine di discrezionalità, pare ragionevole ritenere che, sia nell'ipotesi in cui ad esso venga affidato l'incarico di trasmettere semplicemente una dichiarazione di volontà non negoziale (per esempio, l'incarico di trasmettere un'intimazione di pagamento, oppure di dare un ordine o un permesso, i cui effetti giuridici siano predeterminati ed esattamente individuati dalla legge), che nell'ipotesi in cui gli venga richiesto di limitarsi a compiere un'attività di notificazione non già di una dichiarazione di volontà, quanto piuttosto di un dato fatto a cui è ricollegabile, a favore del mandante, un certo effetto giuridico scaturente dalla conoscenza di quel fatto da parte del destinatario della comunicazione (per esempio, la partecipazione o comunicazione di fatti noti al *dominus*, traducibile in una dichiarazione di scienza), non pare sia da ritenersi necessaria la ricorrenza, in capo al *nuncius*, della consapevolezza del significato del contenuto della dichiarazione, né la volontà di determinare nel destinatario la conoscenza della stessa. Si abbia riguardo all'ipotesi di cui all'art. 1264 c.c.: il *nuncius*, che viene incaricato dal cedente o dal cessionario di notificare al debitore l'avvenuta cessione del credito, pone in essere un'azione umana che rispecchia, nella prospettiva del mandante, un dispositivo che, in termini di efficacia giuridica, vale in quanto sia oggettivamente idoneo a portare a conoscenza del debitore il fatto dell'avvenuta cessione del credito; sicché, la comunicazione al debitore rileva nella sua materialità, non essendo funzionale al programma gestorio che essa sia stata o meno consapevolmente e volontariamente realizzata, poiché, per far conseguire al mandante il risultato utile di determinare in capo al debitore la conoscenza della

²⁷ Cfr. F. BILE, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Roma, 1961, p. 11; *contra*, C. SANTA-GATA, *op. ult. cit.*, p. 68, specie nota 19.

²⁸ Cfr. C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 64, che qualifica una tale attività "dichiarativa ad oggetto predeterminato" (specie, p. 506).

cessione, è sufficiente che un tale fatto (la conoscenza della cessione, appunto) si sia materialmente realizzato, non già che un tale fatto, e gli effetti che da esso derivano, sia stato, dalla prospettiva dell'agente notificatore, rappresentato in termini di consapevolezza e volontarietà²⁹.

L'attività di notificazione, quale presupposto oggettivo di certi effetti giuridici previsti dalla legge, nonché assunti dal mandante per la realizzazione del programma gestorio, è, dunque, un fatto giuridico, nel quale il contegno dell'agente è sufficiente che si esprima nella sua materialità, ai fini dell'effetto avuto di mira dal mandante (determinare, nel destinatario, la conoscenza del fatto partecipato), non dovendo essere sorretto da consapevolezza e volontarietà, alla stregua di un atto giuridico in senso stretto.

Ciò non toglie che il comportamento che il mandante pone a carico del mandatario sia qualificabile come oggetto di una prestazione classificabile tra "gli atti giuridici", secondo quanto richiesto dal tipo di cui all'art. 1703 c.c., in quanto, anche se si tratta di un'attività materiale, essa è principalmente tale da produrre un ben preciso effetto giuridico, ovvero l'opponibilità al debitore ceduto della cessione, secondo il dettato di cui all'art. 1264 c.c.³⁰.

In tal caso, l'atto posto in essere dal *nuncius* si risolve non già nel compimento di un'attività giuridica volitiva e/o deliberativa, in surrogazione del soggetto che gli ha conferito l'incarico³¹, quanto piuttosto in un'attività materiale che, *quoad effectum*, si surroga a quella che, altrimenti, avrebbe posto in essere direttamente il mandante per conto del quale è eseguita, anche se dal punto di vista della relativa natura giuridica è differente: la notificazione della cessione ad opera dell'interessato che avesse voluto o potuto agire direttamente³² è, in effetti, un atto giuridico in senso stretto, *sub specie* della

²⁹ *Contra*, C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 65.

³⁰ Nell'ottica, prescelta anche in questa trattazione, secondo cui la nozione di "atto giuridico" deve essere intesa in un senso ampio, per cui ciò che rileva non è solo lo svolgimento di attività giuridica, negoziale o meno, quanto piuttosto il collegamento tra la funzione dell'atto nei suoi vari effetti, diretti e/o riflessi, e il programma gestorio affidato al cooperatore, sicché è tipica prestazione del mandatario anche quel comportamento posto in essere in esecuzione del mandato che rilevi per il mandante in considerazione degli effetti giuridici che esso è idoneo a produrre nella sua sfera giuridica, prescindendosi dalla natura materiale o dichiarativa dell'attività posta in essere, cfr. G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 550 ss. Per un'efficace sintesi, da cui traspare l'adesione ad un'impostazione che intende in senso estensivo la nozione di "atto giuridico", cfr., L. FERRONI, *sub Art. 1703*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli-Roma, 1991, pp. 1194, 1195.

³¹ C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, pp. 55, 56, 57, specie note 5 e 9.

³² Il termine adoperato ("notificazione") non coincide con il suo significato processuale, poiché non è necessario che il modo di comunicare l'atto di cessione avvenga tramite ufficiale giudiziario o, comunque, nelle forme prescritte dal codice di procedura civile, essendo sufficiente una qualunque "comunicazione idonea a portare a conoscenza l'avvenuta cessione" (E. DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, IV ed., Torino, 2020, p. 630), anche orale, in quanto, anch'essa, idonea ad

dichiarazione di scienza, quale partecipazione o comunicazione di un fatto a sé noto³³, per cui, per essere efficace, deve essere sorretta dalla consapevolezza e volontarietà del comportamento; di contro, come si è già rimarcato, la notificazione operata dal mandatario è sufficiente che si esprima nella sua oggettività di attività materiale, ferma restando la sua natura di fatto giuridico quanto agli effetti che da essa per legge derivano.

In tali casi, la realizzazione del programma gestorio affidato alla cura del mandatario, si concretizza in una cooperazione in cui diventa funzionale anche una mera attività materiale, idoneo oggetto della prestazione del mandatario, sin tanto che essa, *quoad effectum*, coincida “obiettivamente con l’attività che avrebbe svolto l’interessato se avesse voluto o potuto agire direttamente”³⁴.

Tornando allora all’attività del *nunciatus*, ove la si voglia compiutamente tratteggiare, quando sia stata dedotta ad oggetto della prestazione del mandatario e consista, in particolare, nella trasmissione di una dichiarazione di volontà negoziale, se ne dovrà, a tale scopo, isolare il carattere che la distingue dall’attività del mandatario con rappresentanza, anche se la modalità dell’agire del cooperatore che operi in qualità di mero portavoce richiama un profilo “esterno” dell’attività, dovendo, il *nunciatus*, nel compiere l’attività dichiarativa, esplicitare il riferimento della dichiarazione al *dominus*: se l’attività che dovrà compiere l’ausiliario, per conto del mandante, non si limita a comunicare la volontà altrui, bensì ad emettere una propria dichiarazione di volontà, disponendo del potere più o meno ampio di decisione se compiere o meno l’atto, nell’ambito delle istruzioni che gli sono state impartite, allora il ruolo che dovrà svolgere il cooperatore sarà quello di un rappresentante; se, al contrario, al cooperatore è esclusivamente richiesto di trasmettere e/o riferire l’altrui volontà, non assumendo la veste di parte formale dell’atto gestorio, ma semplicemente comunicando la volontà del *dominus*, che dunque resta parte sostanziale e formale dell’atto gestorio, allora il ruolo che l’ausiliario dovrà assumere è quello di mero *nunciatus*, ovvero di “mezzo meccanico di trasmissione” della volontà del mandante³⁵.

Atteso, dunque, il ruolo che il mandatario può di volta in volta assumere, a seconda che gli sia richiesto di compiere, in surrogazione del mandante, un’attività materiale o piuttosto un’attività volitiva/deliberativa, essendo che anche la prima, in quanto presupposto programmato di certi effetti giuridici è tale da assurgere ad oggetto della prestazione del mandatario, ne deriva

integrare un’attività diretta a produrre la conoscenza di un atto in capo al destinatario (cfr. Cass. 12 maggio 1998 n. 4774, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 1007).

³³ Cfr. M. PARADISO, *op. cit.*, pp. 111, 112.

³⁴ C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, pp. 60, 62.

³⁵ C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, pp. 64, 66.

che differente sarà, a seconda dei casi, la considerazione della capacità dell'agente³⁶.

Se al mandatario è, infatti, richiesto di essere mero portavoce, per quanto si è detto, non sembra necessario che il comportamento di semplice trasmissione per la comunicazione al destinatario della dichiarazione di volontà o di scienza del mandante, in funzione dell'attuazione del divisato programma gestorio, esiga l'accertamento in capo al mandatario agente della volontarietà del comportamento, che, se fosse altrimenti, dovrebbe riguardare "tanto la consapevolezza del significato del contenuto della dichiarazione, quanto la volontà di determinare, in quel destinatario, la conoscenza di essa"³⁷.

Se al mandatario è, invece, richiesta una cooperazione consistente nel compimento, in sostituzione del mandante, di un'attività non solo limitata alla trasmissione e/o riferimento della volontà altrui, ovvero di semplice comunicazione di un fatto da partecipare, ma anche di emissione di una propria dichiarazione di volontà o di scienza (laddove ciò sia possibile) in surrogazione a quella che, se avesse voluto o potuto, avrebbe svolto l'interessato³⁸, allora, in tal caso, essendo l'atto eseguito dall'incaricato un atto di cooperazione sussumibile nella fattispecie prevista e disciplinata dall'art. 1704 c.c., esso sarà soggetto all'accertamento, in capo all'agente, della capacità, il cui grado varia a seconda che si ritenga applicabile, al mandato che si accompagna alla rappresentanza, la disciplina posta dall'art. 1389 c.c., che ritiene sufficiente la capacità naturale, ossia la capacità d'intendere e di volere del rappresentante, o, all'opposto, la disposizione di cui all'art. 1425 c.c., prevista in generale per la capacità in materia di contratti, per cui sarebbe necessaria la sussistenza in capo all'agente, che sia mandatario con rappresentanza, della legale capacità di contrattare³⁹.

³⁶ C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, pp. 69, 70.

³⁷ Cfr. G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 267.

³⁸ Qui si ha di fronte non un semplice "messo", ma un vero e proprio rappresentante, cui compete la qualifica di soggetto autore dell'atto (cfr., in tal senso, C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1982, p. 283). Così anche nel caso in cui ad un soggetto venga attribuito il compito di ricevere intimazioni, ordini, permessi, rifiuti, offerte, opposizioni per conto dell'altra persona: tali dichiarazioni non negoziali di volontà, infatti, non potrebbero produrre alcun effetto a carico del soggetto per conto del quale vengono ricevute dal cooperatore, se a quest'ultimo non fosse riconosciuto il potere di agire in nome del destinatario delle dichiarazioni medesime (cfr. C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, pp. 508, 509, il quale osserva che la procura "determina un arricchimento della funzione ed un'estensione dell'area operativa del mandato").

³⁹ G. DI ROSA, *op. cit.*, p. 45 ss. Rispetto alla questione trattata nel testo (la capacità richiesta per la validità dell'atto posto in essere dal mandatario che è anche rappresentante, *ex art.* 1704 c.c.), altra è, invece, la questione della capacità richiesta in generale al mandatario *tout court*, per l'adempimento della prestazione gestoria, giacché, con riguardo a tale particolare profilo, si devono distinguere due diversi piani. L'uno, interno al rapporto tra mandante e mandatario, in cui la natura di atto dovuto di adempimento, qual è propria dell'atto commesso al mandatario, rende

Potrà essere, dunque, dedotta a contenuto della esecuzione di un mandato la serie degli atti giuridici in senso stretto che si realizzano per mezzo di operazioni materiali, come il pagamento di un debito, l'offerta di adempimento, la presa di possesso di un bene (l'impossessamento o l'occupazione per i beni mobili), la destinazione di una cosa a servizio di un'altra; così come ben potranno essere assunti ad oggetto dell'attività del mandatario anche quegli atti materiali per i quali non si richieda la coscienza e la volontà dell'agente, essendo azioni e/o contegni umani che, rilevando giuridicamente solo per la loro materialità oggettiva – in quanto considerati, come tali, presupposto di certi effetti – appartengono alla categoria del fatto giuridico.

Si consideri, a tal proposito, l'invenzione di cose mobili smarrite, in cui il mandatario è incaricato dal proprietario di ritrovare una cosa perduta al fine di venderla⁴⁰; alla specificazione, ove il mandatario, sempre in vista di un incarico a vendere la nuova cosa, dia ad essa vita elaborando una materia affidatagli dal mandante⁴¹; alla unione o commistione, per cui il mandatario, parimenti in funzione della esecuzione di un incarico a vendere, ricorrendone i presupposti, unisca o mescoli, con cose di proprietà del mandante, cose da questi affidategli in buona fede, ma di proprietà altrui, in guisa tale da dar luogo ad un tutto unico non economicamente separabile⁴²; o, infine, all'ac-

irrilevante, ai fini della liberazione dall'obbligo, la volontà e la capacità, sia legale che naturale, del *solvens*; l'altro, esterno, cioè inerente al rapporto tra mandatario e terzo, in cui la capacità richiesta al mandatario, quando è tenuto a compiere a nome proprio (*ex art. 1705 c.c.*), "come strumento di adempimento", un negozio giuridico, è quella necessaria ai fini della produzione degli effetti negoziali voluti, per cui saranno necessari "gli specifici requisiti soggettivi di validità, che per il singolo negozio sono richiesti dalla legge" (A. VENDITTI, *op. cit.*, pp. 21, 23).

⁴⁰ Il ritrovamento è un mero fatto giuridico, che produce quale effetto principale quello della restituzione della cosa mobile al proprietario, se lo si conosce, ai sensi dell'art. 927 c.c. (cfr. G. LENER, *I modi di acquisto della proprietà*, in E. RUSSO, G. DORIA, G. LENER, *Istituzioni delle leggi civili*, V ed., Padova, 2014, pp. 447-448); nel caso che ci occupa, il mandato integra vieppiù il titolo che qualifica come mera detenzione semplice la situazione propria del mandatario, il quale apprende la cosa che è stato incaricato di ritrovare, non per restituirla al mandante, quale proprietario che si conosce, ma per venderla, sempre nell'interesse e per conto di quest'ultimo. L'acquisto da parte del terzo avente causa dal mandatario avverrà, poi, per mezzo del congegno effettuale proprio del mandato senza rappresentanza ad alienare, su cui si rinvia alla trattazione a ciò dedicata nel capitolo III.

⁴¹ Il mandatario che opera sulla materia che gli viene affidata dal mandante, trasformandola in una "nuova cosa", è, rispetto al proprietario, pur sempre colui il quale "ha adoperato una materia che non gli apparteneva" (cfr. art. 940 c.c.), sicché è senza dubbio imputabile ad esso il fatto giuridico della specificazione e degli effetti che ne derivano, cosicché: all'atto in cui vende la "nuova cosa" disporrà sia della titolarità del relativo diritto, per aver acquistato la proprietà della materia utilizzata (per l'acquisto della proprietà non è necessario il previo pagamento del relativo prezzo al proprietario, cfr. G. LENER, *op. cit.*, p. 449), sia della legittimazione a disporre, essendone incaricato in forza del mandato ad alienare.

⁴² Valgono, anche in tal caso, le considerazioni prospettate nella nota precedente a proposito della individuazione del soggetto (il mandatario) cui imputare il fatto giuridico della unione e

cessione, se sul suolo di proprietà del mandante, affidato al mandatario in amministrazione o in funzione di una vendita, quest'ultimo, in conformità alle istruzioni del mandante, realizzi piantagioni, costruzioni od opere con materiali altrui⁴³.

Quanto alle dichiarazioni di scienza e alle operazioni materiali, attraverso cui il soggetto manifesta il proprio intento, esse, in quanto idonee a produrre ben determinati effetti giuridici, possono essere dedotte nell'obbligazione gravante sul mandatario, poiché consistono in comportamenti la cui esecuzione è affidata a quest'ultimo proprio in funzione della piena attuazione del programma gestorio avuto di mira dal mandante, cioè in considerazione degli effetti giuridici che quest'ultimo vuol conseguire, e per la cui produzione è essenziale la manifestazione, ad opera del mandatario, della dichiarazione di scienza, o la realizzazione, da parte sua, dell'atto reale⁴⁴.

Si osserva, a tal proposito, che il contenuto di una prestazione dedotta in un'obbligazione di fare, che si sostanzia in una pura e semplice attività materiale – ma si potrebbe aggiungere anche in una mera dichiarazione di scienza –, ben può essere oggetto della prestazione del mandatario “in tutti i casi in cui l'attività esecutiva coincide obiettivamente con l'attività che avrebbe svolto l'interessato se avesse voluto o potuto agire direttamente”, sicché sarà consentito al mandante di qualificare quel comportamento o anche quel fatto materiale come quel *quid* idoneo a rispecchiare, nella sua prospettiva, la funzione gestoria e, con essa, gli effetti programmati⁴⁵.

In tal senso, pertanto, come appena rimarcato, il fatto giuridico, in quanto assunto da una norma quale presupposto oggettivo di certi effetti giuridi-

commistione, fatto salvo quanto segue: il mandatario a cui sono state consegnate dal mandante cose appartenenti a quest'ultimo, oltre che cose appartenenti ad un diverso proprietario, figurerà immesso nelle prime a titolo di detenzione semplice, ciò che rileva però esclusivamente nel rapporto tra mandante e mandatario, non già in riguardo al rapporto tra mandatario e terzo proprietario della cosa unita o mescolata, rapporto, quest'ultimo, nel quale, secondo lo schema preso in considerazione dalla disposizione di cui all'art. 939, comma 2, c.c., il mandatario si pone in veste di soggetto nella cui disponibilità si trova la cosa “principale” o di maggior valore, e che ha, perciò, titolo ad acquistare “la proprietà del tutto” e/o del “nuovo bene” (per usare l'espressione adottata da F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, p. 241). Ne consegue che il mandatario, potendo opporre, se ne ricorrono i presupposti, nei confronti del proprietario della cosa unita o mescolata, un proprio titolo sul “tutto”, ne avrà pertanto la titolarità in funzione dell'adempimento dell'obbligo di disporne in forza del mandato ad alienare.

⁴³ A norma dell'art. 937 c.c., il fatto giuridico della realizzazione dell'opera fatta dal mandatario, terzo rispetto al mandante che ha la proprietà del suolo, e con materiali altrui, provoca, per c.d. attrazione reale, l'effetto per cui l'opera diviene parte del fondo (cfr. F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 238) del mandante, fondo che, “espanso” (cfr. G. LENER, *op. cit.*, p. 449) sino a ricomprendere, appunto, anche la *res* ad esso incorporata (la costruzione o la piantagione), dovrà poi essere amministrato e/o alienato dal mandatario medesimo.

⁴⁴ G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 550 ss., nonché, A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 121, specie nota 15.

⁴⁵ C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 62.

ci, ben potrà essere considerato, dalla prospettiva del mandante, quale fenomeno qualificabile anche in funzione degli effetti giuridici avuti di mira dal programma gestorio del mandante stesso, ove coincidenti con quelli che, per quel dato fatto, sono stati predeterminati dalla legge.

Si conviene, in definitiva, con una definizione di “atto giuridico”, quale oggetto della prestazione del mandatario, in un senso teso a ricomprendervi ogni azione umana oggettivamente idonea a produrre effetti giuridici, dunque anche l’azione dell’uomo che rileva quale mero fatto giuridico, in quanto una tale azione sia tale da produrre certi effetti a prescindere dalla circostanza che sia stata o meno volontariamente realizzata; per cui, “atto giuridico” deducibile nella prestazione del mandatario è una qualunque azione umana che sia tale da intendersi “come giuridicamente rilevante, il cui compimento viene affidato al mandatario ... in vista del risultato giuridico che attraverso tale attività si consegue; vi rientrerà, così, anche l’esplicazione di attività materiale, ma solo se l’incarico ne è conferito in vista degli effetti giuridici che ne derivano”⁴⁶.

1.3. *La cooperazione “giuridica”. Atti giuridici e attività materiale o immateriale*

Per quanto più sopra chiarito, a proposito dell’oggetto della prestazione del mandatario, si può a questo punto del discorso vagliare la tesi secondo la quale è da escludere che il mandato possa esaurirsi nel porre a carico del mandatario l’obbligo di compiere solo attività meramente materiale, in senso proprio, o anche solo immateriale (per esempio professionale), traducendosi questa in fatti di semplice “cooperazione interna”, tali da richiamare la locazione d’opera, sul presupposto che la cooperazione gestoria nel mandato è solo cooperazione “giuridica”, che si traduce, al contrario e necessariamente, in fatti di “cooperazione esterna”, cioè in atti giuridici in senso proprio, finalizzati a concludere affari con terze persone⁴⁷.

Orbene, chiarito che gli atti giuridici di natura volitiva e/o deliberativa possono anche essere semplicemente “atti giuridici non negoziali”⁴⁸, cioè atti che non sono necessariamente finalizzati a concludere operazioni economico-negoziali con terze persone, oltre a rimarcare quanto è già stato evidenziato, ovvero che anche un’azione umana consistente in una semplice

⁴⁶ G. MIRABELLI, *op. loc. cit.*

⁴⁷ S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 168 ss.

⁴⁸ C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 56.

operazione materiale può essere una forma di cooperazione quando è strumentale alla realizzazione del programma gestorio – tanto più che la stessa, ove sia assunta dalla legge a presupposto oggettivo di certi effetti ha in quanto tale rilevanza giuridica, cioè è “giuridica” perché idonea a produrre effetti giuridici, in un senso qual è quello in cui dovrà essere interpretato il disposto di cui all’art. 1703 c.c. –, si pone, a questo punto, la necessità di definire se alla c.d. attività materiale possa essere riconosciuta idoneità a costituire oggetto della prestazione del mandatario, purché dedotta in esso non già quale “azione isolata”, ma solo se considerata quale frammento di un più ampio programma gestorio, essenzialmente realizzabile per mezzo di atti giuridici, rispetto ai quali l’attività materiale, dominata dai primi, sia destinata essenzialmente a porsi funzionalmente in posizione accessoria, giacché l’incarico a compiere un singolo atto di natura materiale integrerebbe altrimenti un contratto d’opera⁴⁹.

La questione appena evocata richiama due contesti sistematici: il rapporto tra la disposizione di cui all’art. 1703 c.c. e la norma di cui all’art. 1708, comma 1, c.c., da un lato; il rapporto tra la figura del mandato e i tipi contrattuali “di confine”, questione, questa, che si avverte proprio là dove oggetto della prestazione del mandatario sia anche (e tanto più soltanto) un’attività materiale o immateriale, idonea a richiamare le prestazioni proprie delle varie forme negoziali, più o meno complesse, di locazione d’opera.

1.4. *Il contenuto negoziale del mandato: atti da compiere e atti “necessari” ai primi*

In ordine al primo rilievo, occorre premettere che la norma prevista dall’art. 1708 c.c., nel riferirsi in generale al contenuto del mandato, stabilisce, nel suo comma 1, che il mandato “comprende non solo gli atti per i quali è stato conferito, ma anche quelli che sono necessari al loro compimento”⁵⁰; in una prospettiva funzionale tesa a ricostruire la prestazione tipica del

⁴⁹ A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 120, specie nota 8, nonché C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, pp. 60, 61.

⁵⁰ Cfr. Cass. 12 dicembre 2005 n. 27335, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 3, per cui necessario può esser tanto un atto giuridico, quanto un’attività materiale, ovvero un qualunque atto che necessario sia in riguardo al fine che il mandante si propone di realizzare; cfr., altresì, Cass. 16 giugno 1999 n. 5932 in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 1394, al fine di stabilire se un atto è necessario al compimento del mandato, occorre verificare se esso non ne costituisca un ulteriore sviluppo dando luogo ad una “dilatazione dell’oggetto” (in senso conforme, cfr. Cass. 28 novembre 1981, n. 6353, in *DeJure*), per cui, a tal fine, per stabilire contenuto ed estensione del mandato conferito per l’espletamento di una determinata attività, si dovrà tenere conto ovviamente anche degli atti il cui compimento sia reso obbligatorio dalla legge, dovendosi ritenere che, in tal caso, neppure si pon-

mandatario in riguardo al tipo di effetti voluti dal mandante che ricorre all'altrui attività di cooperazione, si osserva che, considerato il programma gestorio di volta in volta affidato al cooperatore, un tracciamento "degli atti per i quali" il mandato è stato conferito e di "quelli necessari al loro compimento" può essere fatto abbinando, i primi ai "risultati finali" perseguiti dal mandante, e i secondi a "quelli strumentali"⁵¹. Tra questi ultimi, in particolare, si annoverano anche atti materiali o "di fatto" ed operazioni integranti attività preparatorie, conclusive o consequenziali, che siano necessarie per la realizzazione del risultato finale programmato dal mandante, atti che, al di là del loro carattere non prettamente giuridico, ben possono essere considerati parte integrante del contenuto della prestazione gestoria, in quanto costituenti "vari momenti e fasi dell'attività esecutiva del mandato legati da un'intima connessione funzionale"⁵².

ga concretamente un problema di individuazione dei limiti del mandato, perché il mandante, salva l'ipotesi di un espresso divieto formulato al mandatario, non può comunque ignorare che quest'ultimo è tenuto al rispetto della legge. In tal senso, cfr. pure cfr. Cass. 28 novembre 1981, n. 6353, cit., per cui in tema di compravendita la procura a vendere un bene è normalmente comprensiva anche del potere di stipulare il contratto preliminare; se essa dovesse invece essere limitata alla sola stipula del preliminare, con facoltà di incassare la caparra e non l'intero prezzo e senza attribuzione del potere di trasferire il possesso anticipato del bene, ne deriverà allora che, in tal caso, non potrà intendersi "conseguenziale per l'adempimento del mandato", come tale rientrante nella previsione di cui all'art. 1708 c.c., la stipula del contratto definitivo.

⁵¹C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, pp. 490, 491. Per un'applicazione specifica, in giurisprudenza cfr. Pret. Macerata 10 giugno 1997, in *Arch. giur. circ. e sin.*, 1997, p. 810, per la quale il mandato a vendere un'autovettura a soggetti che ne fanno abituale commercio comprende anche l'obbligo del mandatario di provvedere alla trascrizione della vendita presso il PRA, trattandosi di atto necessario al compimento del mandato, in quanto si riveli indispensabile ai fini della esatta esecuzione dell'incarico, considerando che se il venditore dovesse risultare ancora intestatario del veicolo sarebbe costretto a continuare a pagare la tassa di circolazione; cfr., inoltre, Cass. 30 ottobre 1991, n. 11650, cit., per cui, per la determinazione dei poteri dell'arbitro irrituale, il quale deve essere considerato quale mandatario dei litiganti, deve farsi riferimento in assenza di particolari limitazioni o specificazioni, non solo agli atti per i quali il mandato è stato conferito, ma anche a quelli necessari al suo compimento, con la conseguenza che è riconosciuto all'arbitro irrituale il potere di servirsi, nell'ambito dell'oggetto designato, di ogni mezzo giuridico idoneo a definire il rapporto cui inerisce l'arbitrato. Cfr., inoltre, Cass. 16 marzo 1979, n. 1392, in *DeJure*, per cui la disposizione di cui all'art. 1708 c.c., circa l'estensione dell'oggetto del mandato agli atti necessari al compimento di quelli per i quali è stato conferito, si applica anche nei riguardi della procura *ad litem*, il cui contenuto (del mandato al difensore) deve essere interpretato tenendo conto del rapporto controverso e del risultato che la parte si proponeva di conseguire con l'esperire l'azione giudiziaria o con il resistere ad essa, sicché, il mandato conferito da un creditore al proprio difensore per l'ammissione del credito allo stato passivo, comprende l'incarico di esperire, nella procedura fallimentare, tutti i rimedi atti a realizzare il suo credito, compreso quello di impugnare i crediti ammessi.

⁵²C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, pp. 492, 517 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. 12 dicembre 2005, n. 27335, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 3, per cui le attività accessorie che il mandatario è abilitato a compiere, *ex art.* 1708 c.c., possono consistere anche nello svolgimento di atti materiali, e nel

A proposito della individuazione dell'ambito del contenuto del mandato costituito dagli atti materiali si assiste, invero, ad un ripetersi di assunti che non sembrano contribuire troppo alla definizione della questione del rapporto tra la disposizione in commento e la norma sulla nozione del mandato, di cui all'art. 1703 c.c., nel senso che non si ravvisa alcuna esplicita propensione a considerare il fatto che la disposizione sul contenuto del mandato (art. 1708, comma 1, c.c.) possa essere valutata siccome idonea a meglio definire anche il contenuto precettivo della norma sulla nozione, là dove quest'ultima richiama gli "atti giuridici" quale oggetto della prestazione del mandatario.

La prospettiva tradizionale tende, infatti, a dare evidenza ad una categoria di atti materiali "accessori", che per il loro carattere "necessario" in funzione della realizzazione del programma gestorio, possono essere anche impliciti, cioè non stabiliti espressamente sulla base di specifiche indicazioni dal parte del mandante⁵³, al contrario di quelli non necessari, ma solo utili o opportuni per l'esecuzione dell'incarico, i quali, invece, dovrebbero essere specificamente dedotti nel contratto o nelle istruzioni successive⁵⁴; la loro "accessorietà", in particolare, si evidenzia e si specifica in ragione e sul presupposto che gli atti principali debbano necessariamente essere "atti giuridici", inoltre, la loro riscontrabilità, nel contenuto del mandato, si apprezza maggiormente quando il ricorso all'altrui cooperazione si esaurisce nel compimento di una "azione isolata", più che nella ipotesi in cui l'attività richiesta al mandatario si strutturi in un modo più articolato e complesso, ambito in cui la distinzione tra atti materiali e atti giuridici sarebbe "destinata a perdere ogni rilievo"⁵⁵.

Invero, non si vede per quale ragione un'attività semplicemente materiale o tecnica possa essere meglio distinta ed aver rilievo, rispetto a quella prettamente giuridica, finché la cooperazione consista nel compimento di un'azione isolata.

Tanto più che è per il suo carattere preparatorio o consequenziale, essenzialmente rispetto al risultato giuridico finale voluto dal mandante, che un dato comportamento rileva anche se materiale, sicché non pare che in esso possa scolorire il relativo carattere solo materiale o tecnico tutte le volte in cui il programma gestorio tenda a complicarsi, stante che non è rispetto alla complessità dell'oggetto della prestazione del mandatario che si misura l'individuabilità degli "atti necessari" al suo compimento, ma è, piuttosto, ri-

caso che sia indicato il fine che il mandante si propone, il mandatario può compiere qualsiasi atto idoneo a realizzare detto fine.

⁵³ C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 517 ss., specie 519, nota 2.

⁵⁴ G. MINERVINI, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁵ C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 517.

spetto al risultato gestorio avuto di mira dal mandante⁵⁶, elemento, questo, identificabile alla stessa stregua, sia nei casi di cooperazione gestoria costituita da un'azione isolata, sia nelle ipotesi di cooperazione gestoria caratterizzata da una più articolata e complessa “trama” di attività⁵⁷.

Ciò chiarito, l'aspetto da mettere a fuoco è l'assunto secondo cui è ammissibile, nel mandato, il compimento di prestazioni eterogenee rispetto a quella giuridica tipica, anche di natura materiale, qualora assumano un rilievo funzionalmente subordinato alla prestazione caratteristica del mandato, sicché è entro tali limiti che il tipo previsto dall'art. 1703 c.c. non verrebbe snaturato⁵⁸: queste prestazioni, necessarie, o anche solo utili e/o opportune per l'esecuzione dell'incarico, possono, poi, essere classificate in attività di carattere preparatorio e strumentale⁵⁹, da un lato, o, dall'altro, in operazioni che si pongono come attuative e/o esecutive, rispetto agli “atti per i quali è stato conferito” il mandato⁶⁰.

Invero, la disposizione di cui all'art. 1703 c.c. e quella di cui all'art. 1708, comma 1, c.c., sembrano essere indirizzate, entrambe, verso un medesimo risultato normativo, qual è quello di voler tipizzare lo schema contrattuale del mandato, per mezzo di una “nozione” che, però, a tal fine non è esaustiva se non raccordata alla identificazione del “contenuto” della particolare operazione economica in questione: nozione e contenuto, in altri termini, concorrono ad indicare tutto ciò che le parti devono o possono stabilire per regolare l'interesse gestorio alla stregua del tipo costituito dal mandato, dunque insieme contribuiscono a creare il perimetro entro il quale un determinato assetto di interessi, frutto dell'autonomia dei contraenti, possa essere qualificato e regolato secondo i termini di cui alla disciplina prevista dall'art. 1702 e seguenti c.c.

Ciò premesso, la considerazione dello schema contrattuale tipico del mandato, risultante dal concorso tra la norma che ne richiama la nozione e quella che si riferisce al relativo contenuto, non rende così netta e sicura la centralità, ai fini dell'individuazione dell'oggetto minimo della prestazione

⁵⁶ All'obbiettivo programmato, cfr. C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 519.

⁵⁷ Per usare la terminologia adottata da C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 517.

⁵⁸ G. MINERVINI, *op. cit.*, p. 42 ss.

⁵⁹ Per un'applicazione specifica, cfr. Tar Sardegna, Cagliari, 18 settembre 2008, n. 1783, in *Foro amm.*, 2008, 9, p. 2612, per cui una procura speciale a sottoscrivere e stipulare, con le amministrazioni competenti, i contratti di concessione per la distribuzione del gas ed i contratti d'appalto necessari per la realizzazione della relativa rete, nonché di conferimento al procuratore di tutti i più ampi e necessari poteri per l'espletamento del mandato, *ex art.* 1708, comma 1, c.c., deve ritenersi comprensiva anche del potere di presentare la proposta di *project financing*, atto che, nelle procedure di selezione pubbliche, costituisce il necessario antecedente ai fini della eventuale stipula del contratto o della concessione.

⁶⁰ Cfr. C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 520 ss.

del mandatario, della formulazione tratta solo dalla prima norma citata; in altri termini, se è vero che l'art. 1703 c.c. riguarda la "nozione" del mandato, non è men vero che l'art. 1708, comma 1, c.c. richiama il "contenuto" possibile della prestazione oggetto del mandato, contenuto indicato, per giunta, in un modo in cui il legislatore si è ben guardato dal riproporre l'aggettivo "giuridici", quando evoca gli "atti" che il mandato è idoneo a comprendere.

È arbitrario, pertanto, reperire nel disposto di cui all'art. 1708, comma 1, c.c. una sorta di conferma del carattere necessariamente e indefettibilmente principale dei soli atti negoziali o, quanto meno, dei soli atti giuridici in senso stretto, quali atti costituenti il contenuto tipico e, perciò, indefettibile della prestazione oggetto del mandato, ponendosi, rispetto ad essi, tutte le altre eterogenee attività materiali, esplicabili dal mandatario, in una posizione che è sì deducibile in mandato, ma solo in forma subordinata ed accessoria, nel senso che di queste potrà essere postulata una presenza nel mandato, anche se mai in via autonoma, esclusiva e pertanto principale, ma sempre in correlazione agli altri: in tale prospettiva sono solo questi atti, appunto, ad essere considerati essenziali e immancabili ai fini della stessa configurabilità del tipo negoziale.

Orbene, intanto occorre evidenziare che la situazione presa in considerazione dal disposto di cui all'art. 1708, comma 1, c.c. sembra richiamare principalmente i casi nei quali la cooperazione si sostanzia in una molteplicità di atti e non si esaurisca semplicemente nel compimento di un'azione isolata; di fronte alla richiesta di porre in essere un'azione isolata, si dovrebbe argomentare nel senso che ci si troverà di fronte ad un atto per il quale è stato conferito un mandato solo se si tratta, quanto meno, di un fatto avente natura di atto giuridico in senso stretto. Tuttavia, la disposizione utilizza l'espressione "atti" senza ulteriori aggettivazioni, ed inoltre, come è già stato chiarito più sopra, ciò che rileva non è tanto che l'atto per il quale è stato conferito il mandato abbia natura di atto giuridico in senso stretto, quanto piuttosto che la prestazione di fare, richiesta al mandatario, abbia rilevanza giuridica, cioè sia idonea a produrre effetti giuridici.

In questo senso, l'ambito precettivo di cui all'art. 1708, comma 1, c.c. ben può essere interpretato nel senso che "gli atti per i quali" il mandato è stato conferito potrebbero in concreto essere anche solo operazioni materiali purché idonee, alla luce del programma gestorio concreto, di produrre effetti giuridici.

Allo stesso modo, anche a voler far prevalere il significato letterale tratto dalla disposizione sulla "nozione", per cui oggetto della prestazione del mandatario sarebbe il compimento di un atto giuridico in senso stretto, da ciò non è dato comunque desumere, univocamente, quel suo preteso carattere indefettibile ai fini della configurazione del mandato, basando un tale assunto sulla disposizione di cui all'art. 1708, comma 1, c.c. Infatti, affermare che un atto (per ipotesi eterogeneo, cioè materiale) è "necessario" per il

compimento di un altro atto (per ipotesi giuridico in senso stretto) non evoca, se non forzatamente, un rapporto tra il primo e il secondo tale per cui l'uno abbia rispetto all'altro un mero carattere ontologicamente subordinato ed accessorio, come tale inidoneo ad esser preso in considerazione ai fini della stessa connotazione del tipo; al contrario, il carattere "necessario" di un atto non può che essere inteso se non in funzione dell'oggetto del mandato, cioè, se non in funzione del risultato programmato rispetto al quale quel dato comportamento, che si assume poter essere anche di carattere materiale, si pone, appunto, come di per sé necessario in via autonoma per la sua stessa realizzazione.

È preferibile, allora, un'opzione interpretativa che, tenendo anche conto della complessità che il più delle volte contraddistingue l'oggetto del mandato, individui il tratto differenziale del tipo non tanto nella deduzione in esso di una prestazione consistente in un atto giuridico in senso stretto, quanto piuttosto di una prestazione di fare, che si sostanzia in comportamenti di diversa natura, purché giuridicamente rilevanti in quanto idonei a produrre effetti giuridici.

1.5. *Prestazione d'opera. Prestazione gestoria. Il risultato giuridico. Cenni*

Quanto al rapporto tra la figura del mandato e i tipi contrattuali "di confine", si è già evidenziato che tale questione si avverte, in modo particolare, nella prospettiva prediletta in questo studio, per la quale si ammette che oggetto della prestazione del mandatario possa essere anche un'attività materiale o immateriale, idonea ad evocare le prestazioni previste dalle varie forme negoziali, più o meno complesse, di locazione d'opera⁶¹.

Superando la tesi restrittiva, per cui la natura della prestazione del mandatario debba consistere nel compimento quanto meno di atti giuridici in senso stretto, si pone la questione se la cooperazione possa consistere anche solo in una prestazione costituita, invece, dal compimento di un'opera o di un servizio, di un fare, cioè, caratterizzato dalla natura tecnica e manuale, materiale o intellettuale del comportamento⁶².

Dato per acquisito il fatto che anche atti materiali in senso proprio o immateriali possano essere oggetto del mandato⁶³, e che, dunque, la distinzione

⁶¹ Cfr., sulla differenza tra mandato e locazione d'opera materiale o intellettuale, nel senso tradizionale per cui il distinguo riguarda l'attività giuridica, nel primo caso, non giuridica (materiale o immateriale), nel secondo caso, F. BILE, *op. cit.*, p. 11.

⁶² Cfr. C. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 133.

⁶³ Cfr. già F. BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1897, XXV, p. 405.

con la locazione d'opera non possa basarsi esaurientemente sulla sola distinzione tra "atti materiali" e "atti giuridici", secondo la quale, rispetto alla locazione d'opera, sarebbero deducibili ad oggetto esclusivamente i primi, e rispetto al mandato solo i secondi, si è poi osservato che nel contratto d'opera ricorre, quale tratto essenziale, la corrispettività, connotazione, quest'ultima, diversa dalla onerosità, quale carattere peraltro solo presuntivo del mandato, che può essere anche stipulato in forma gratuita, secondo la disposizione di cui all'art. 1709 c.c.⁶⁴.

Invero, ferma restando la legittimità della distinzione che, in linea teorica, può essere assunta tra onerosità e corrispettività⁶⁵, resta il fatto che nelle ipotesi ordinarie e naturali, nelle quali la funzione gestoria viene compensata, in una prospettiva nella quale peraltro spicca una caratterizzazione professionale del mandato⁶⁶, se si considerano in particolare i criteri legali di determinazione della misura del compenso, la remunerazione dell'attività espletata dal mandatario viene considerata alla stregua di un vero e proprio corrispettivo⁶⁷; pertanto, pur se autorevole, non è particolarmente convincente l'osservazione per cui il carattere della corrispettività debba essere considerato estraneo al mandato, ancorché oneroso, essendo invece, un tale carattere, tratto tipico del solo contratto d'opera, anche quando in esso venga dedotta in obbligazione un'attività giuridica da svolgere in posizione di autonomia⁶⁸.

Piuttosto, sembrano particolarmente utili quelle osservazioni che prospettano, quale criterio di demarcazione tra mandato e locazione d'opera, la presenza, nel primo, di un rapporto giuridico contrassegnato da una forma di cooperazione "esterna", e, al contrario, nel secondo, una modalità di cooperazione "interna"⁶⁹; tale criterio sembra specificarsi utilmente, quando si sottolinea che l'attività del prestatore d'opera si sostanzia nell'offrire un'utilità solo per il risultato materiale che produce nella sfera giuridica altrui⁷⁰, men-

⁶⁴ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Opera (contratto di)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 982 ss., specie 986.

⁶⁵ Cfr. A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 146, specie nota 114, il quale, anche con ampio rinvio dottrinale, richiama, a proposito della qualificazione del mandato, entrambe le categorie, dai confini incerti, della onerosità e della corrispettività.

⁶⁶ G. DI ROSA, *op. cit.*, p. 165.

⁶⁷ Cfr. A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 149, specie nota 126; G. DI ROSA, *op. cit.*, p. 168, specie nota 12.

⁶⁸ In tal senso, cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 986. *Contra*, per cui il compenso ha natura di "controprestazione", G. SCALFI, *op. loc. cit.*, nonché A. CANDIAN, *Nuove osservazioni sulla cessione dei beni ai creditori*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 189 ss., specie 197, A. VENDITTI, *op. cit.*, p. 48.

⁶⁹ Cfr. S. PUGLIATTI, *op. cit.*, pp. 168 ss., 196 ss.

⁷⁰ Cfr. G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 550 ss.

tre la cooperazione del mandatario, quale che sia l'attività in cui si sostanzia, si caratterizza per il fatto che essa è idonea a far conseguire un ben determinato effetto giuridico alla sfera altrui, nel senso che il compito che viene affidato al mandatario gli è assegnato proprio in vista del risultato giuridico che, attraverso lo svolgimento di esso, l'agente è in grado di produrre nella sfera del mandante, sicché: "vi rientrerà, così, anche l'esplicazione di attività materiale, ma solo se l'incarico ne è conferito in vista degli effetti giuridici che ne derivano"⁷¹.

La linea di confine tra prestazione d'opera e prestazione gestoria ben può essere, pertanto, ipotizzata siccome tale da reggersi sulla cennata distinzione, secondo la quale il prestatore d'opera coopera con il committente al solo fine di procurargli un risultato materiale o immateriale, mentre il mandatario coopera con il mandante allo scopo precipuo di procurargli un risultato giuridico.

In questo quadro, ove ci si trovi di fronte ad una prestazione di fare il cui contenuto consista in un'attività di carattere materiale o immateriale, per la quale non sia stato pattuito alcun compenso e/o corrispettivo, di essa potrà essere fornita la seguente qualificazione alternativa: si tratterà di una prestazione dedotta in un contratto atipico gratuito⁷², se per il tramite di essa il richiedente vorrà assicurarsi solo un risultato materiale o immateriale; si tratterà di una forma di cooperazione oggetto della prestazione di un mandatario, se per mezzo della stessa il richiedente vorrà procurarsi un risultato giuridico.

Si vedrà meglio in seguito in che termini effettivi valga l'ulteriore caratteristica che distingue le due forme di cooperazione: solo interna la prima, anche esterna la seconda.

1.6. *Collaborazione tecnico-pratica e cooperazione giuridica. "Rifrazione" dei rischi dell'attività*

La collaborazione consistente nel compimento di adempimenti di natura tecnico-pratica, di carattere essenzialmente materiale, richiama, negli stessi termini appena riferiti, la questione della differenza tra contratto di appalto e mandato, muovendo dal presupposto che l'attività dell'appaltatore abbia ad oggetto, propriamente e soltanto, atti di natura meramente esecutiva, di

⁷¹ Cfr. G. MIRABELLI, *op. loc. cit.* In senso analogo, in giurisprudenza, cfr. Cass. 22 febbraio 1983 n. 1329, in *Giur. it. Mass.*, 1983, p. 343.

⁷² Sulla cui fisionomia, cfr. C. MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 908 ss.