

**Luiss**

Libera Università  
Internazionale  
degli Studi Sociali

**Guido Carli**

**CERADI**

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

## **Il mandato nel diritto tedesco**

**Cecilia Carrara e Sonia Khoudja**

**Settembre 2002**

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

## IL MANDATO NEL DIRITTO TEDESCO

|   |    |
|---|----|
| I. INTRODUZIONE.....                                    | 2  |
| II. AUFTRAG (§ 662 BGB) .....                           | 4  |
| III. ENTGELTLICHE GESCHÄFTSBESORGUNG (§ 675 BGB) .....  | 12 |
| IV. CONTRATTO DI COMMISSIONE (KOMMISSIONSVERTRAG) ..... | 15 |

### I. INTRODUZIONE

Questo contributo alla ricerca sul conflitto di interessi svolta dal CERADI è stato occasionato dal soggiorno nel 2002 della Dott.ssa Sonia Khoudja di Amburgo presso il CERADI. Nel corso di questo soggiorno romano è stata avviata una collaborazione tra la Dott.ssa Khoudja e la Dott.ssa Cecilia Carrara, ricercatrice del CERADI con una passata esperienza di studio in Germania. Con il presente lavoro si tracciano i contorni della disciplina tedesca in tema di mandato, soffermandosi, in particolare, sugli aspetti relativi al rapporto interno fra mandante e mandatario e cogliendo gli elementi normativi che attestano la natura fiduciaria del rapporto. Si intende così contribuire alla ricerca sul conflitto di interessi.

Innanzitutto si rende necessaria una precisazione terminologica, data la ben nota difficoltà di traduzione sempre insita in un'analisi di diritto comparato. Il nostro "mandato" non trova un equivalente preciso in Germania, poiché ad una generale figura di mandato civile, essenzialmente gratuito ("*Auftrag*"), si affianca una seconda figura generale di mandato commerciale ("*Geschäftsbesorgung*"), la cui autonomia in termini di "tipo contrattuale" è peraltro discussa, trovando applicazione, a seconda dei casi, le norme in tema di contratto di servizi ovvero di contratto d'opera, integrate a loro volta dalle norme che disciplinano il mandato civile. E' il mandato commerciale, naturalmente, che trova nella prassi una più ampia applicazione. Inoltre, alcuni specifici tipi di contratto "di mandato" commerciali sono disciplinati, per l'appunto, nel codice commerciale (HGB): di particolare rilievo è la disciplina del contratto di commissione ("*Kommissionsvertrag*"), cui dedicheremo alcuni brevi cenni al par. sub IV, come pure la disciplina dei

rappresentanti commerciali in genere (“*Handelsvertreter*”), che non formerà invece oggetto della presente trattazione.

E' importante ricordare che, oltre alle figure tipizzate dal legislatore di singoli contratti di gestione di affari altrui (quali appunto l'*Auftrag* la *Geschäftsbesorgung* nelle forme del contratto di servizi o d'opera, il *Kommissionsvertrag* ecc.), la dottrina tedesca ha elaborato la categoria generale del “contratto fiduciario”, il cd. *Treuhandvertrag* I contorni e le caratteristiche proprie del *Treuhandvertrag* sono tuttora oggetto di discussione<sup>1</sup>.

Sono state proposte varie alternative per spiegare l'essenza del contratto fiduciario, quella che in Italia si chiamerebbe la “causa” del contratto: la teoria dominante individua l'elemento peculiare del contratto fiduciario nella cd. *Einwirkungsmacht* del fiduciario, ovvero il potere discrezionale accompagnato dalla facoltà del fiduciario di produrre degli effetti giuridici direttamente nella sfera del fiduciante. Un'altra teoria individua come criterio oggettivo indicativo dell'esistenza di un contratto fiduciario la *Einflussposition* (facoltà di influire) del fiduciario, accompagnata però da un vincolo di scopo (*Zweckbindung*)<sup>2</sup>. Altri, infine, fanno riferimento a dei criteri di tipo soggettivo (es. il grado della fiducia/confidenza riposta dal fiduciante nel fiduciario, cd. *investiertes Vertrauen*).

A prescindere dalla discussione sulla causa del *Treuhandvertrag* tutti gli elementi individuati dalla dottrina sopra citata, pur non cogliendo forse la

---

<sup>1</sup> Si veda per un resoconto dei termini della discussione e delle diverse posizioni dottrinarie: Grundmann, *Der Treuhandvertrag*, München, 1997, 147 ss.

<sup>2</sup> In relazione all'elemento della „*Zweckbindung*“, designato più specificamente per il contratto fiduciario quale „*Treubindung*“, di centrale importanza è la discussione sulla opponibilità ai terzi del vincolo. L'opponibilità nei confronti dei terzi del vincolo di scopo è stata molto discussa in relazione ai trasferimenti di beni al fiduciario con natura reale, cd. *echte Treuhand* (fiducia propria), caratterizzante i trasferimenti fiduciari con funzione di garanzia. Per una critica sui limiti di questa discussione (e per un ampio resoconto sulla stessa) cfr. Grundmann, op. cit., 87 ss, 296 ss..

In relazione alla fiducia propria, la dottrina più tradizionale ed affermata sostiene che il trasferimento del bene al fiduciario sia sottoposto alla condizione risolutiva di una sua violazione della fiducia. Le varie soluzioni proposte nella letteratura giuridica sono elaborazioni della teoria generale della cd. *Drittwirkung* (efficacia nei confronti dei terzi) dei contratti.

Ancora più controversa è la soluzione in tema di fiducia impropria: individuata nell'istituto generale dell'abuso del diritto la misura del controllo dell'attività del fiduciaria (Grundmann, op. cit., 302), l'opponibilità ai terzi del vincolo di scopo è stata sostenuta da parte di alcuni Autori sulla base della teoria dell'abuso del potere di rappresentanza (cf. Hopt, *Handels-und Gesellschaftsrecht*, München, 1999, Rn. 48-49). La giurisprudenza è tuttavia ferma nel riconoscere solo una tutela risarcitoria al fiduciante.

peculiarità del *Treuhandvertrag* rispetto ad altri tipi di contratti su base fiduciaria, sottolineano proprio la dimensione della fiducia: tutti gli elementi evidenziati li ritroviamo infatti anche nell'*Auftrag* e nella *entgeltliche Geschäftsbesorgung* figure tipiche di negozi fiduciari.

Un'altra precisazione linguistica di carattere generale si impone per i molteplici termini che traduciamo in italiano con fiducia o buona fede. Nell'ordinamento giuridico tedesco si parla di "*Treu und Glauben*" avendo riguardo alla clausola generale di buona fede di cui al § 242 BGB. Si dice comunemente che il § 242 BGB assolve tre funzioni principali: quella di limitare le ipotesi di abuso del diritto (*Begrenzungsfunktion des Rechtsmissbrauchs*); quella di imporre un adeguamento del contratto in caso di fatti sopravvenuti (*Veränderungsfunktion*); quella, infine, di imporre un'integrazione del contratto in base alle circostanze concrete (*Ergänzungsfunktion*)<sup>3</sup>.

Si parla poi di "*Treupflicht*" (obbligo di fedeltà/fiducia) in riferimento all'obbligazione principale che caratterizza la posizione del fiduciario. Secondo parte della dottrina, anch'essa deriverebbe dal § 242 BGB, secondo altri invece trova una propria giustificazione nella stessa natura del negozio fiduciario, valendo il § 242 BGB a definire solo una obbligazione accessoria del debitore, e mai invece l'obbligazione principale. Oltre che di *Treupflicht*, che è obbligo principale del fiduciario, si parla di *Loyalitätspflicht* (obbligo di fedeltà/lealtà), che è un obbligo di tipo accessorio che può caratterizzare anche altri tipi di contratti.

Il termine tedesco "*Vertrauen*", traducibile in italiano con la parola "fiducia", ma anche con "confidenza", "affidamento", esprime piuttosto lo stato psicologico del fiduciante che ripone fiducia nel fiduciario facendo affidamento su di lui, e che misura quindi lo stato di confidenza fra fiduciante e fiduciario. Alcuni autori ritengono che sia proprio il *Vertrauen* del fiduciante a determinare il sorgere della *Treupflicht* in capo al fiduciario.

## II. AUFTRAG (§ 662 BGB)

La figura più generale di mandato è l'*Auftrag*, disciplinato ai §§ 662 ss. BGB. Il § 662 BGB dispone che "mediante l'accettazione di un mandato, il

---

<sup>3</sup> Fra gli altri, cfr. Medicus, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, München 2002, 76, Rn. 131 ss.

mandatario si obbliga, a titolo gratuito, a curare un affare affidatogli dal mandante”<sup>4</sup>.

La traduzione qui proposta necessita qualche precisazione: in primo luogo, si è scelto di tradurre “*Auftrag*” con il termine “mandato”, ciò che implicherà, nel prosieguo del testo, l’impiego di termini diversi per rendere in italiano le nozioni rispettivamente di *Auftrag* e *Geschäftsbesorgung* in secondo luogo, “affidatogli” corrisponde al tedesco “*übertragenes*”, letteralmente “trasferitogli”, che richiama il meccanismo della fiducia germanica; infine, si è preferito tradurre “*Geschäft*” con il sostantivo “affare” piuttosto che “negozio”, poiché, diversamente da quanto previsto per il mandato dal codice civile italiano, l’*Auftrag* può avere ad oggetto il compimento di qualsiasi atto, anche non giuridico.

In linea con la tradizione romanistica, il tratto caratteristico dell’*Auftrag* è la essenziale gratuità. E’ interessante notare che, mentre la prima bozza del BGB prevedeva tanto la figura dell’*Auftrag* a titolo gratuito quanto quella dell’*Auftrag* a titolo oneroso (*Entwurf* I § 586 BGB)<sup>5</sup>, il testo proposto dalla seconda commissione, poi approvato dal *Reichstag* ha recepito solo la categoria del mandato civile gratuito<sup>6</sup>.

Al contrario, non vi è nel BGB una categoria generale di mandato a titolo oneroso. Infatti, il § 675 BGB, rubricato “gestione d’affari a titolo oneroso” (*entgeltliche Geschäftsbesorgung*) è una norma di mero rinvio, che non dispone nulla di nuovo: si limita a stabilire che la gestione d’affari a titolo oneroso è disciplinata dalle norme in tema di contratto di servizi (*Dienstvertrag*

---

<sup>4</sup> § 662 BGB *Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen.*

<sup>5</sup> Hironaka, Das Recht des mandatum und sein Einfluss auf das gegenwärtige Recht verschiedener Länder, in *Mandatum und Verwandtes, Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Springer Verlag, 1993, p. 9 e Staudinger-Martinek, op. cit., § 675 BGB, A 8.

<sup>6</sup> Nel 1874 fu dato l’incarico a una prima commissione per la redazione di una proposta di codice civile, che fu poi presentata nel 1887. Il testo presentato fu però respinto in quanto giudicato troppo accademico e fu dato un nuovo incarico ad una seconda commissione nel 1890, composta questa volta anche da professionisti, che ha introdotto alcune modifiche al primo progetto. Il testo così rivisto fu approvato definitivamente dal *Reichstag* nel 1896, ed entrò in vigore il 1° gennaio 1900.

§§ 611 ss. BGB) o di contratto d'opera (*Werkvertrag* §§ 631 ss. BGB), facendo salva l'applicazione delle norme sull'*Auftrag*<sup>7</sup>.

La gestione dell'affare di cui al § 662 BGB deve essere intesa quale gestione di un'attività nell'interesse altrui<sup>8</sup>. Si pone la questione di come debba essere l'attività gestita e se essa coincida o meno con quella prevista al § 675 BGB. Infatti, il § 662 BGB dispone che il mandatario si obbliga a: “*ein ... Geschäft ... zu besorgen*”, ed il § 675 BGB usa il sostantivo *Geschäftsbesorgung* senza apparentemente alcuna differenza nella terminologia impiegata. Tuttavia, è diffusa l'opinione in base alla quale le due disposizioni non hanno riguardo alla stessa attività. Mentre non sussistono dubbi sulla natura della attività compresa dal § 662 BGB (qualsiasi attività di carattere giuridico o di fatto, incluse quindi le mere attività materiali), vi sono più teorie in relazione al § 675 BGB, sicché ne tratteremo al seguente punto III.

Per quel che riguarda la responsabilità per inadempimento del mandatario, questi risponde per dolo e colpa secondo le normali regole<sup>9</sup>. In riferimento ai criteri di valutazione della colpa nell'inadempimento contrattuale del mandatario ed al grado di diligenza richiesta allo stesso, la questione non viene risolta in maniera uniforme, né in dottrina né in giurisprudenza. E' interessante rilevare che generalmente non si ritiene che la gratuità della prestazione del mandatario giustifichi di per sé una mitigazione della sua cd. *Sorgfaltspflicht* (dovere di diligenza). L'orientamento prevalente consiste nel ritenere che, di regola, la responsabilità del mandatario debba essere valutata in base ai normali standard di diligenza, consentendo tuttavia delle mitigazioni in casi eccezionali: la valutazione, caso per caso, dipende dalle circostanze concrete e, soprattutto, dal grado di affidamento riposto dal mandante nel mandatario e dalla delicatezza dell'incarico affidato<sup>10</sup>. Questa interpretazione rigorosa della responsabilità del mandatario mette in luce il rilievo che si dà all'elemento fiduciario ed alla tutela dell'affidamento del mandante.

---

<sup>7</sup> Per una spiegazione della portata esatta del rinvio di cui al § 675 BGB cfr. nel testo sub III.

<sup>8</sup> Staudinger-Wittmann, op. cit., § 662 BGB, Rn. 9; Palandt-Sprau, Kommentar zum BGB, München 2002, § 662 BGB, Rn. 6; MünchKomm-Seiler, München 1997, § 662 BGB, Rn. 15.

<sup>9</sup> Palandt, op. cit. § 662, Rn. 11.

<sup>10</sup> Cfr., fra gli altri, Staudinger-Wittmann, op. cit., § 662 BGB, Rn. 5.

La dottrina tedesca ha tracciato una serie di distinzioni fra *Auftrag* ed altri rapporti assimilabili. Una distinzione di rilievo è quella fra *Auftrag* e rapporti di cortesia (*Gefälligkeiten*)<sup>11</sup>: per l'*Auftrag* occorre sempre che vi siano, alternativamente, o una volontà esplicita di determinare il sorgere di un obbligo giuridico in capo al mandatario, ovvero degli elementi oggettivi che dimostrano l'esistenza di un vincolo giuridico (es. l'incarico dato ad un conoscente di innaffiare i fiori si trasforma da rapporto di cortesia in *Auftrag* qualora determini un apprezzabile dispendio di risorse in capo all'incaricato: es. tempo impiegato per percorrere una distanza non esigua, costo della benzina, ecc.)<sup>12</sup>. Come nell'ordinamento giuridico italiano, le conseguenze della distinzione consistono soprattutto nel diverso regime della responsabilità per inadempimento del soggetto incaricato: il mandatario risponde per danni in base ad una responsabilità contrattuale, mentre chi agisce in base ad un rapporto di cortesia risponde in base ad una responsabilità extracontrattuale.

Per quel che riguarda gli obblighi principali del mandatario, questi deve curare gli interessi del mandante con la diligenza richiesta dalla natura dell'affare<sup>13</sup>. La natura dell'attività da svolgere dipenderà in concreto dal contenuto del contratto e dalle successive direttive impartite dal mandante. Poiché il mandatario è responsabile della cura di un affare altrui, non solo è tenuto ad essere diligente, ma ha anche un obbligo di lealtà (*Loyalität*) nei confronti del mandante<sup>14</sup>. Secondo alcuni l'obbligo di lealtà si impone in base alla clausola generale di buona fede (§ 242 BGB)<sup>15</sup>, secondo altri invece deriva dalla altruità dell'interesse alla gestione dell'affare (*Fremdnützigkeit*)<sup>16</sup>, avvicinandosi quindi anche strutturalmente alla *Treupflicht* (obbligo di fedeltà/fiducia).

L'intensità dell'obbligo di fedeltà (*Treupflicht*) dipende secondo parte della dottrina dall'oggetto e dalla durata del mandato, così come dal grado di potere conferito al mandatario e dal grado di ingerenza che questi ha nella sfera

---

<sup>11</sup> Si veda, fra gli altri, MünchKomm-Seiler, § 662 BGB, Rn. 61.

<sup>12</sup> Si tratta di un esempio di scuola, così citato, per esempio, in Medicus, Schuldrecht Besonderer Teil, München, 2000, Rn. 419.

<sup>13</sup> Palandt-Sprau, § 662 BGB, Rn. 9.

<sup>14</sup> Fra gli altri, cf. MünchKomm-Seiler, § 662 BGB, Rn. 33.

<sup>15</sup> Così Larenz, Schuldrecht II, § 52 II c, in relazione ai prestatori di servizi (cd. *Dienstpflichtigen*, in base ai §§ 611 ss. BGB)

<sup>16</sup> Sulla distinzione in genere MünchKomm-Seiler, § 662 BGB, Rn. 36.

di interessi del mandante<sup>17</sup>. In alcuni casi l'obbligo di fedeltà impone al mandatario di assistere il mandante su questioni particolari inerenti l'oggetto del mandato, che richiedono una conoscenza tecnica in capo al mandatario. Questa specifica manifestazione dell'obbligo di fedeltà viene perlopiù in rilievo per le ipotesi di gestione d'affari a titolo oneroso (*entgeltliche Geschäftsbesorgung*)<sup>18</sup>: è soprattutto nei mandati commerciali che, alla luce della complessità o tecnicità dell'affare, il mandatario, nella sua qualifica professionale, ha un obbligo di assistere e consigliare il mandante. Un esempio tipico è quello della banca che è tenuta ad informare il cliente, nell'ambito di un rapporto di conto corrente, di irregolarità o stranezze che dovesse notare, per esempio in relazione a un ordine di pagamento. In proposito si rileva che in Germania la disciplina concernente la prestazione d'opera e le professioni intellettuali ricade in quella più generale del contratto d'opera (*Dienstvertrag*), al quale, in virtù del richiamo di cui al § 675 BGB, si applicano le norme in tema di *Auftrag* è di tutta evidenza che l'avvocato, il commercialista, il revisore contabile, l'arbitro, ecc. hanno un dovere di assistenza e di informazione anche in relazione a questioni non specificamente dedotte in contratto, ma che nascono proprio dal più generale obbligo di fedeltà nei confronti dei loro mandanti.

Un ulteriore obbligo principale del mandatario è quello di informazione specificamente previsto dal § 666 BGB<sup>19</sup>: in base al § 666 BGB il mandatario è tenuto a fornire al mandante le notizie necessarie, ad informarlo su richiesta dello stesso sullo stato dell'affare e a presentare un rendiconto dopo l'esecuzione del mandato.

Di particolare interesse è l'obbligo del mandatario di "fornire al mandante le notizie necessarie" (*der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben*), cd. *Benachrichtigungspflicht*. In base al tenore letterale della norma, solamente questo obbligo, a differenza degli obblighi di informazione sullo stato dell'affare e di rendiconto, prescinde da una specifica richiesta del mandante. Sono considerate informazioni necessarie tutte le

---

<sup>17</sup> Seiler in MünchKomm-Seiler, § 662 BGB, Rn. 37.

<sup>18</sup> Cfr. sub nel testo par. III.

<sup>19</sup> § 666 BGB: *Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen.*

comunicazioni su fatti ignoti al mandante che gli consentano di tutelare i propri diritti, di adempiere i propri obblighi e di adottare delle decisioni corrette<sup>20</sup>.

Inoltre il mandatario è tenuto ad informare il mandante di tutte le circostanze necessarie per un ragionevole esercizio del diritto di impartire istruzioni<sup>21</sup>. Questa specificazione dell'obbligo di informazione, che deriva dal § 666 BGB e dal più generale obbligo di lealtà, va letta congiuntamente al § 665 BGB. In base a questa norma il mandatario è legittimato a discostarsi dalle istruzioni impartitegli dal mandante, se, in base alle circostanze del caso, è dato presumere che il mandante, se fosse a conoscenza dello stato di fatto, autorizzerebbe il discostamento dalle istruzioni. Secondo un'autorevole opinione, il § 665 BGB, nel riconoscere una così ampia discrezionalità al mandatario, attesta che il principio di buona fede ha, nel mandato, una funzione di primo piano<sup>22</sup>.

Costituiscono oggetto dell'obbligo di informazione anche tutti gli impedimenti che riguardano la persona del mandatario o possibili situazioni di conflitto di interesse<sup>23</sup>. Le situazioni di conflitto di interesse rilevanti non sono espressamente previste per legge, ma possono essere richiamate le cause di ricusazione dei giudici (es. § 41 nr. 1 ZPO)<sup>24</sup>.

Gli obblighi di informazione disciplinati dal § 666 BGB possono essere convenzionalmente modificati dalle parti, anche per via concludente; tuttavia l'esonero del mandatario dagli stessi dovrà essere ritenuto invalido ed inefficace, nella misura in cui sia contrario alla buona fede<sup>25</sup>.

L'obbligo di informazione di cui al § 666 BGB viene considerato un principio generale per tutti i casi in cui vi sia una gestione d'affari per conto altrui, ovvero un rapporto fiduciario (si noti che per specifiche figure assimilabili al mandato sotto il profilo della fiducia, quali l'esecuzione testamentaria, la *negotiorum gestio* e la *Geschäftsbesorgung* il BGB contiene delle norme specifiche che rinviano indirettamente al § 666 BGB). La giurisprudenza

---

<sup>20</sup> MünchKomm-Seiler, § 666 BGB, Rn. 4.

<sup>21</sup> BGH NJW, 1991, 985.

<sup>22</sup> Staudinger-Martinek, op. cit., § 675 BGB, A 90.

<sup>23</sup> MünchKomm-Seiler, § 666 BGB, Rn 5.

<sup>24</sup> Così BGH NJW, 1991, 985.

<sup>25</sup> Palandt-Sprau, § 666 BGB, Rn. 1.

ha infatti applicato in via analogica il § 666 BGB, anche in casi in cui questa norma non sarebbe direttamente applicabile. In base alla clausola generale di buona fede (§ 242 BGB) le corti tedesche hanno ritenuto che possa essere affermato il principio generale per cui chiunque gestisca affari altrui, ovvero propri ed altrui al contempo, sottostà ad un obbligo di informazione e rendiconto<sup>26</sup>.

Un ulteriore obbligo fondamentale del mandatario è quello di rimettere al mandante quanto ricevuto per l'esecuzione del mandato e quanto ottenuto come conseguenza dell'esecuzione della gestione dell'affare (§ 667 BGB)<sup>27</sup>. L'obbligo di rimessione al mandante comprende dunque tutti i beni ed i crediti ottenuti dal mandatario sia per l'esecuzione dell'incarico sia in conseguenza del suo adempimento. Qualora il mandato sia con rappresentanza i beni ed i crediti ottenuti in adempimento del mandato diventano immediatamente di proprietà del mandante, sicché solo nel caso di mandato senza rappresentanza il § 667 BGB trova piena applicazione<sup>28</sup>.

Anche in Germania in materia contrattuale la regola generale sulla ripartizione dell'onere della prova prevede che in caso di inadempimento la colpa del debitore si presuma, salva la sua facoltà di discolparsi (§ 282 BGB). In realtà il § 282 BGB pone sul debitore l'onere probatorio per il caso di impossibilità della prestazione (*Unmöglichkeit der Leistung*); si discute in dottrina in che misura sia possibile applicare questa regola a tutti i casi in cui l'impossibilità sia imputabile al debitore. In assenza di specifiche deroghe alla regola generale, la giurisprudenza ha elaborato dei criteri per stabilire in quali casi possa essere giustificata un'inversione dell'onere della prova: in particolare, dovrà ammettersi un'inversione dell'onere probatorio per le categorie di contratti che comportano una responsabilità particolare nell'adempimento o un elevato livello di rischio<sup>29</sup>.

Per quel che concerne la disciplina della prova in base al diritto tedesco, il BGB non offre una regolamentazione espressa. Vale tuttavia il principio

---

<sup>26</sup> Seiler in MünchKomm-Seiler, § 666 BGB, Rn. 4; specificamente sull'obbligo di rendiconto RGZ 73, 286, 288.

<sup>27</sup> § 667 BGB: [Herausgabepflicht des Beauftragten] *Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben.*

<sup>28</sup> Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg, 2002, Rn. 884.

<sup>29</sup> Palandt, op. cit. § 282 BGB, Rnn. 6 ss; Schellhammer, Zivilprozess, Heidelberg 1996, Rn. 379.

generale in base al quale chi vuole far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. E' invece controverso se la parte sulla quale incombe l'onere della prova ha comunque diritto ad ottenere le informazioni necessarie, che siano in possesso della controparte.

In particolare, secondo una dottrina minoritaria anche sulla parte che non ha l'onere della prova graverebbe comunque un obbligo di comunicazione degli elementi idonei a condurre all'accertamento della verità processuale, in base all'articolo 2 della *Grundgesetz* (principio di solidarietà). Tale posizione è comunque respinta dalla dottrina maggioritaria, che comunque ammette che in alcuni casi concreti possa affermarsi un obbligo di cooperazione della parte non onerata, in base ad un bilanciamento degli interessi delle parti ovvero in base al principio di buona fede<sup>30</sup>.

Sono poi generalmente ammesse delle eccezioni alla regola generale: ad esempio, talora si afferma che la parte non onerata in via principale ha un onere della prova secondario (*sekundäre Behauptungslast*). Ciò vale qualora la parte onerata in via principale sia impossibilitata dal procurarsi gli elementi di prova, al di fuori della propria sfera di controllo, ed essi siano invece in possesso della controparte<sup>31</sup>. La giurisprudenza riconosce il diritto della parte sulla quale incombe l'onere della prova di ottenere le informazioni necessarie in possesso della controparte alle seguenti condizioni: a) essa ignora i contenuti dei propri diritti senza sua colpa; b) non ha avuto la possibilità di precostituirsi gli elementi di prova per far valere i propri diritti; c) la controparte può procurarli senza difficoltà; e d) esiste una relazione giuridica particolare fra le due parti.

Per quel che concerne la ripartizione dell'onere della prova fra mandante e mandatario, vale come regola generale il § 282 BGB, incombando sul mandatario l'onere di provare che l'inadempimento lamentato dal mandante non è a lui imputabile. In linea generale può dirsi che non vi è una approfondita discussione dottrina sulla ripartizione dell'onere probatorio fra mandante e mandatario. E' stata tuttavia esaminata specificamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza la disciplina probatoria in relazione all'obbligo

---

<sup>30</sup> Per un dettagliato resoconto sulle diverse posizioni dottrinarie, cfr. Arens, Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess, ZZP 96, 1 ss; Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1996.

<sup>31</sup> Schellhammer, Zivilprozess, 8 ed., Heidelberg 1999, no. 380; in giurisprudenza invece si vedano le seguenti decisioni: BGH NJW 1990, 3151; NJW 1958, 1491; WM 1958, 961.

di rimessione di cui al § 667 BGB sopra commentato: si concorda che sia il mandante a dover provare ciò che è stato ottenuto dal mandatario<sup>32</sup>.

### III. Entgeltliche Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB)

Il § 675 BGB<sup>33</sup> dispone che a qualsiasi contratto di servizi o di opera, che abbia per oggetto la gestione di un affare, salve contrarie specifiche disposizioni, si applicano i §§ 663, 665 - 670, 672 - 674 BGB e, qualora l'obbligato sia dispensato dall'obbligo di un preavviso in caso di recesso, si applica anche il § 671 II BGB.

Il testo dell'articolo commentato non specifica dunque espressamente che la gestione d'affari debba essere a titolo oneroso, ma lo dice espressamente la rubrica ("*entgeltliche Geschäftsbesorgung*", ovvero gestione d'affari onerosa).

In relazione al significato sistematico del § 675 BGB vi è tuttora una difformità di posizioni in dottrina. Si contrappongono due teorie, la cd. *Einheitstheorie* (teoria unitaria) e la cd. *Trennungstheorie* (teoria della separazione), in seno alle quali si registrano a loro volta diverse correnti di pensiero.

Schematizzando i vari orientamenti, possiamo dire che in base alla *Einheitstheorie*<sup>34</sup> il § 675 BGB vale solo come norma di rinvio, non potendosi individuare in base ad essa una autonoma definizione di tipo contrattuale che, in quanto tale, giustifica l'applicazione della disciplina dell'*Auftrag*. Secondo i sostenitori della *Einheitstheorie* tutti i contratti di servizi e d'opera hanno ad oggetto la gestione di un affare altrui. Per questo sarebbe errato ritenere che con il § 675 BGB il legislatore abbia voluto individuare un nuovo ed autonomo tipo contrattuale. Per quel che concerne poi, in concreto, l'applicabilità o meno ai singoli contratti di servizi o d'opera delle norme sul mandato gratuito, sarà

---

<sup>32</sup> Grundmann, op. cit. 258 ss.

<sup>33</sup> § 675 BGB: *Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, finden, soweit in diesem Untertitel nichts Abweichendes bestimmt wird, die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 II BGB entsprechende Anwendung*

<sup>34</sup> Il principale rappresentante di questa teoria è attualmente Seiler, nell'opera più volte citata.

l'interprete a dover valutare se l'applicazione delle stesse conduca ad un risultato sostanzialmente giusto (*sachgerecht*), caso per caso<sup>35</sup>.

In base invece alla *Trennungstheorie*, attualmente dominante in seno alla dottrina, il § 675 BGB individua un autonomo tipo contrattuale. La *entgeltliche Geschäftsbesorgung* si distinguerebbe strutturalmente dai contratti di servizi e d'opera, poiché elementi necessari e sufficienti a caratterizzarla sono l'altruità dell'interesse gestito, la discrezionalità nella gestione e l'economicità della attività. La giurisprudenza ha elaborato infatti una formula ben precisa per definire la causa della *Geschäftsbesorgung* questa consisterebbe nella gestione di attività indipendenti di natura economica nell'interesse altrui nell'ambito di una sfera di interessi economici altrui ("*selbständige Tätigkeiten<sup>36</sup> wirtschaftlicher Art im Interesse eines Anderen innerhalb einer fremden wirtschaftlichen Interessensphäre*")<sup>37</sup>. La autonomia tipologica della "*Geschäftsbesorgung*" è inoltre ben spiegata ponendo mente al fatto che mentre i contratti di servizi e di opera sono contratti di cooperazione e di coordinamento, la prima è un contratto di subordinazione, tant'è che trova la sua ragion d'essere nella cura degli affari del mandante, la cui posizione merita per ciò stesso una tutela maggiore rispetto a quella del gestore<sup>38</sup>.

I tentativi definitivi posti in essere dalla *Trennungstheorie* assolvono una funzione sistematica e di struttura concettuale, ma la definizione del tipo contrattuale non esime poi l'interprete dal verificare, caso per caso, se il contratto sia qualificabile o meno come "*Geschäftsbesorgung*" e quali norme in tema di *Auftrag* debbano trovare applicazione. Ne consegue che gli stessi esponenti delle due diverse teorie convergono che la disputa ha un carattere prevalentemente teorico<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Seiler, op. cit., § 662 BGB, Rn. 13 ss., scrive in proposito che la *Geschäftsbesorgung* deve essere intesa come una espressione abbreviata indicante un rapporto giuridico che impone la realizzazione degli effetti giuridici che valgono per l'*Auftrag* perché conducono, in relazione alla natura e allo scopo del rapporto stesso, a risultati giusti („*sachgerechtes Ergebnis*”).

<sup>36</sup> In particolare, il requisito della "indipendenza" difetta nell'*Auftrag*. Cfr. Palandt-Sprau, op. cit. § 675 BGB, Rn. 1.

<sup>37</sup> Questa formula è la cd. *Geschäftsbesorgungsformel*; NJW-RR 92, 560; Staudinger-Martinek, op. cit. § 675 BGB, A 23; Palandt-Sprau, op. cit. § 675 BGB, Rn. 3; Esser/ Weyers, Schuldrecht BT I, Heidelberg 1998, 311; in giurisprudenza si veda: BGH DB 1959.

<sup>38</sup> Staudinger-Martinek, op. cit., § 675 BGB, A18-19, 37.

<sup>39</sup> Per la *Trennungstheorie* cfr., fra tutti, Staudinger-Martinek, op. cit., § 675 BGB, A18, A21; per la *Einheitstheorie* cfr. invece Seiler, op. cit., § 662, Rn. 11.

Per comprendere l'esatta portata del rinvio alle norme in tema di *Auftrag* operato dal § 675 BGB, è più agevole esaminare quali sono le norme escluse dal rinvio ed il significato della esclusione. Sono sottratti al rinvio i soli §§ 671, comma 1, e 664, comma 1 e 2, BGB.

Il § 671, comma 1 BGB, prevede la facoltà di recesso e di risoluzione del contratto di *Auftrag* in qualunque momento per il mandante. Questa disposizione è chiaramente spiegabile alla luce della gratuità dell'*Auftrag* sicché la ragione dell'esclusione dal rinvio al § 671, comma 1 BGB, per i casi di gestione di affari a titolo oneroso è evidente.

Il § 664 BGB, invece, prevede al comma 1, come regola, il divieto di sostituzione del mandatario, mentre il comma 2 dispone il divieto di cessione del diritto del mandante alla prestazione del mandatario. L'esclusione di tale norma dal rinvio non ha tuttavia un significato né conseguenze di rilievo: infatti, non solo le regole di cui al comma 1, frasi 2 e 3, sono contenute espressamente nelle norme relative rispettivamente ai contratti di servizi e di opera, ma si tratta di principi che valgono generalmente per tutti i contratti caratterizzati da un *intuitus personae*, cosicché essi troveranno comunque applicazione anche ai casi di *Geschäftsbesorgung*

Come sopra accennato, i casi di *Geschäftsbesorgung* sono molteplici nella prassi. Fra le varie esemplificazioni ricordiamo, quali contratti più diffusi ed economicamente rilevanti, i contratti bancari (contratti quadro, contratti di consulenza agli investimenti, contratti di deposito, ordini di pagamento, online-banking, ecc.), i contratti di gestione di titoli (cd. *Effektenhandel*), i vari tipi di contratti di progettazione e di costruzione sviluppatasi nella prassi (in particolare i cd. *Baubetreuungs-* e *Bauträgerverträge*<sup>40</sup>), i contratti fiduciari in senso stretto (*Treuhandverträge*)<sup>41</sup>.

Alcuni casi speciali di *Geschäftsbesorgung* (denominati dalla dottrina "contratti moderni di *Geschäftsbesorgung*") sono poi disciplinati in maniera puntuale dai §§ 676 – 676g BGB, introdotti nel codice tedesco mediante una novella del 1999<sup>42</sup>. In particolare, il legislatore ha tipizzato alcuni contratti bancari (di bonifico, di pagamento, di trasferimento di fondi). Ulteriori casi di

---

<sup>40</sup> Per una descrizione di queste tipologie contrattuali cfr. Palandt-Sprau, op. cit. § 675 BGB, Rn. 13.

<sup>41</sup> Palandt-Sprau, op. cit. § 675 BGB Rn.9 ss., MünchKomm-Seiler, op. cit. § 675 BGB, Rn. 86.

<sup>42</sup> Con legge del 21.07.1999 (*Überweisungsgesetz*).

*Geschäftsbesorgung* sono regolati in leggi speciali al di fuori del BGB (ad esempio, ricordiamo che la gestione di titoli è regolata nella *Wertpapierhandelsgesetz* del 1994, comunemente abbreviata WpHG).

#### IV. Contratto di commissione (*Kommissionsvertrag*)

In base al § 383 (1) HGB il commissionario è colui che si obbliga professionalmente a vendere o comprare per conto di un terzo (il committente) ed in proprio nome beni o titoli di credito<sup>43</sup>.

Innanzitutto rileviamo che la disciplina del contratto di commissione è contenuta nel codice commerciale tedesco (*Handelsgesetzbuch*, di seguito HGB). E' noto che l'ordinamento giuridico tedesco conosce la distinzione principale, in funzione del soggetto agente, tra commerciante e non (*Kaufmann* e *Nichtkaufmann*)<sup>44</sup>, e le norme contenute nel HGB si applicano generalmente ai soli commercianti. Ne consegue che il contratto di commissione, così come disciplinato dai §§ 383 e ss. HGB, può essere concluso solo se il commissionario è commerciante (*Kaufmann*). Se il "contratto di commissione" viene invece concluso da un commissionario che è *Nichtkaufmann*, troveranno esclusivamente applicazione il § 675 BGB e le norme in tema di *Werk-* ovvero *Dienstvertrag*

Come si vede dal testo del § 383 HGB, questa norma definisce il soggetto agente, ovvero il commissionario, piuttosto che la fattispecie contrattuale ("è commissionario colui che..." e non invece "la commissione è il contratto col quale..."). La definizione di un tipo contrattuale *ratione personae* è una tecnica legislativa inconsueta nel sistema del diritto privato tedesco: l'accento posto sul commissionario potrebbe quindi far pensare che quest'ultimo debba esercitare a titolo principale l'attività descritta<sup>45</sup>. Invece non è questo lo scopo del § 383 HGB, con il quale il legislatore ha solo inteso

---

<sup>43</sup> § 383 (1) BGB: *Kommissionär ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Papierwerte für Rechnung eines anderen (des Kommittenten) im eigenen Namen zu kaufen oder zu verkaufen.*

<sup>44</sup> La definizione di „Kaufmann“, con le varie sottocategorie di *Istkaufmann*, *Formkaufmann* e *Kannkaufmann*, è contenuta ai §§ 1 ss. HGB.

<sup>45</sup> E' stato più volte ripetuto che la formulazione della norma in oggetto può indurre in errore: cfr. Schmidt, op. cit., 858-9; Heymann/Emmerich-Hermann, §§ 343 - 469 HGB, Berlin 1990, § 383, Rn. 4 ss.].

mettere in rilievo che la qualifica di commerciante del *committente* è irrilevante ai fini dell'applicazione della norma<sup>46</sup>.

Il contratto di commissione è dunque un contratto a prestazioni corrispettive che ha per oggetto una gestione di affari altrui particolare, ovvero la compravendita di beni. Indipendentemente dalla teoria che si voglia seguire in relazione alla autonomia del tipo contrattuale *Geschäftsbesorgung* o meno (*Trennungstheorie* vs. *Einheitstheorie*), comunque trovano applicazione al *Kommissionsvertrag* le norme richiamate dal § 675 BGB. Anche se il procedimento logico seguito dagli interpreti può differire, il risultato pratico cui si giunge in base ad entrambe le teorie è lo stesso. In particolare, si ritiene che se il commissionario è incaricato di concludere singoli contratti, il contratto di commissione integra un contratto d'opera (*Werkvertrag*), se invece è obbligato a concludere una serie di contratti in maniera continuativa, il contratto di commissione integra un contratto di servizi (*Dienstvertrag*)<sup>47</sup>.

Può essere interessante osservare che proprio lo studio del contratto di commissione, ed in particolare del rapporto interno fra committente e commissionario, spinge parte della dottrina a pronunciarsi in favore della *Trennungstheorie*, fautrice dell'autonomia del tipo *Geschäftsbesorgung*<sup>48</sup>. Infatti, la disciplina posta dai §§ 383 e ss. HGB, ed in particolare dal § 384 HGB ("Obblighi del commissionario") individua quale obbligazione principale del commissionario la "*Interessenwahrung*", ovvero la tutela degli interessi del committente<sup>49</sup>, elemento caratterizzante ogni ipotesi di gestione di affari altrui.

Il § 384 HGB dispone espressamente che il commissionario deve eseguire le proprie obbligazioni con la diligenza di un "normale commerciante" (*ordentlicher Kaufmann*)<sup>50</sup> e curare gli interessi del committente.

---

<sup>46</sup> Esiste poi la figura del commissionario in senso stretto (*Kommissionsunternehmer*, letteralmente imprenditore commissionario), che esercita in maniera imprenditoriale e a titolo principale l'attività della compravendita in nome proprio e per conto altrui. Prima della riforma del 1998, il *Kommissionsunternehmer* era menzionato ai §§ 1 II no. 6 HGB ss, poiché era automaticamente *Kaufmann* (commerciante) in relazione all'attività svolta.

<sup>47</sup> Baumbach/Duden/Hopt, op. cit. § 383 HGB, 2 A.

<sup>48</sup> Schmidt, Handelsrecht, München 1999, 857: "*Das Innenverhältnis bei der Kommission zeigt, wieviel sachgerechter eine gezielte Regelung der entgeltlichen Geschäftsbesorgung als Vertragstypus ist*".

<sup>49</sup> Schmidt, op. cit. 873.

<sup>50</sup> Stabilisce il § 347, comma 1 HGB che colui che è obbligato ad un comportamento diligente verso la controparte nell'ambito di un contratto che, per la propria parte, ha natura

Completa la disciplina degli obblighi principali del commissionario il § 385 HGB, che stabilisce che il commissionario è tenuto a rispettare le direttive impartitegli dal committente. In relazione al carattere fiduciario della posizione del commissionario ed al vincolo generale della cura diligente degli interessi del committente, dovrà decidersi, caso per caso, che tipo di condotta dovrà tenere il commissionario, qualora le direttive del committente non siano sufficientemente specifiche. Ad esempio, se il commissionario ritarda l'esecuzione del contratto poiché ritiene di non avere avuto delle istruzioni sufficientemente precise dal committente, pur avendo fatto richiesta di ulteriori dettagli, potrà il committente chiedere il risarcimento del danno per inadempimento, sulla base del fatto che il commissionario avrebbe dovuto eseguire prontamente l'incarico senza dilazioni e che avrebbe dovuto decidere in base alle proprie conoscenze settoriali, senza attendere ulteriori istruzioni da parte del committente?

La soluzione all'esempio sopra proposto dipenderà dal tipo di relazione esistente fra committente e commissionario: se il grado di fiducia è elevato, il commissionario è stato scelto in ragione delle proprie competenze tecniche, il margine discrezionale dello stesso è alto, il differimento dell'esecuzione del contratto può arrecare di per sé un pregiudizio al committente, si deve presumere che il commissionario debba autonomamente decidere in merito all'esecuzione del contratto, pur essendo le istruzioni del committente incomplete o generiche. Al contrario, sarà tenuto a richiedere delucidazioni ulteriori al committente, qualora gli elementi sopra citati non ricorrano.

Così come nella *Geschäftsbesorgung* rientrano poi fra gli obblighi del commissionario quelli di avvisare da possibili rischi il committente e di consigliarlo in relazione ai suoi affari (*Warn- e Aufklärungspflichten*). In proposito rileviamo che questi obblighi assumono un peso particolare in uno dei settori dove attualmente il contratto di commissione trova l'applicazione pratica di maggior rilievo: il settore degli investimenti finanziari. Questo settore è caratterizzato da un tipo speciale di contratto di commissione, denominato "*Effektenkommission*", che trova una puntuale disciplina, integrativa rispetto a quella generale, nel WpHG, nel KWG (*Kreditwesengesetz*), BörsG (*Börsengesetz*) e nel DepG (*Depotgesetz*). In particolare, il § 31 WpGH dispone quali sono gli obblighi di comportamento delle società di investimento mobiliare

---

commerciale, deve comportarsi secondo la diligenza di un "normale commerciante" (*Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns*).

(*Wertpapierdienstleistungsunternehmen*). Esse sono tenute a: (i) curare gli interessi degli investitori loro clienti (*Interessenwahrungspflicht*); (ii) evitare conflitti di interessi (*Vermeidung von Interessenkonflikten*); (iii) richiedere ai loro clienti informazioni sul tipo di attività rappresentate dai titoli da negoziare e sugli scopi perseguiti mediante la negoziazione degli stessi; e (iv) comunicare loro tutte le informazioni necessarie, nella misura in cui lo impongano la cura degli interessi degli investitori e la natura e lo scopo dell'affare.

Aldilà della previsione specifica appena richiamata di cui al § 31 WpHG, l'obbligo di evitare situazioni di conflitti di interessi è un obbligo generale del commissionario (e del mandatario in genere). Da un lato, l'obbligo di fedeltà (*Loyalitätspflicht*) impone al mandatario di non agire in situazioni di conflitto di interessi, dall'altro l'obbligo di comunicare al mandante tutte le informazioni necessarie (in base al combinato disposto dei §§ 675 e 666 BGB e in base al § 384, comma 2, HGB) comprende anche il caso speciale della comunicazione dell'esistenza di un conflitto.

L'esemplificazione dell'obbligo del commissionario di evitare situazioni di conflitto di interessi più spesso menzionata dalla dottrina riguarda l'ipotesi in cui, al momento del conferimento dell'incarico, il commissionario sia a conoscenza di una situazione di conflitto fra interessi propri e interessi del committente. In questo caso il commissionario deve informare il committente del conflitto e, se il committente conferma l'incarico, il commissionario dovrà in ogni caso subordinare i propri interessi a quelli del committente<sup>51</sup>.

Vi è poi un caso specifico in cui il legislatore ha disciplinato espressamente una situazione che può di per sé far sorgere dei conflitti di interessi: l'entrata nel contratto del commissionario (§ 400 frase 1 HGB, cd. *Selbsteintritt des Kommissionärs*).

Per evitare che si producano situazioni di conflitto di interessi il legislatore ha predisposto delle norme a tutela del committente, in parte inderogabili (il § 402 HGB stabilisce espressamente quali sono i limiti dell'autonomia contrattuale delle parti). Le limitazioni poste dal HGB ai poteri contrattuali del commissionario equivalgono in larga misura a quelle previste dall'art. 1735 del codice civile ("Commissionario contraente in proprio"): in primo luogo, l'entrata nel contratto da parte del commissionario è consentita solo qualora i beni da negoziare abbiano un prezzo di listino o di borsa (§ 400

---

<sup>51</sup> RG JW 01, 408: *Im Falle einer Kollision der Interessen des Kommittenten und des Kommissionärs geht dasjenige des Ersteren als des Auftraggebers und Hauptbeteiligten vor.*

frase 1, HGB); in secondo luogo, il commissionario non può praticare un prezzo inferiore a quello più conveniente fra (i) il prezzo di borsa o di listino applicabile al momento della conclusione del contratto di compravendita (§ 400, frasi 1 e 2 HGB); (ii) il prezzo concordato con un terzo al momento della conclusione del contratto di commissione (§ 400, frase 2 HGB); ovvero (iii) il prezzo che potrebbe essere ottenuto impiegando la dovuta diligenza nell'interesse del committente (§ 401 frase 1 HGB). Il limite concernente il prezzo del contratto di compravendita praticabile dal commissionario, è volto ad evitare, in particolare, che egli concluda un contratto con se stesso ad un prezzo inferiore rispetto a quello poi effettivamente praticato con un terzo, incamerando la differenza fra i due prezzi a tutto svantaggio del committente (cd. *Technik des Kursschnitts*).

E' interessante ricordare la storia legislativa in tema di entrata del commissionario nel contratto nel settore bancario: fino al 1994 le norme uniformi bancarie (*AGB Banken 1988*) prevedevano che tutti i contratti di compravendita previsti dagli *Effektenkommissionsverträge* fossero conclusi mediante l'entrata della banca nel contratto e si lasciava ai §§ 400 ss. HGB ed alla BörsG il compito di evitare abusi di posizione da parte delle banche. Tuttavia, nella prassi queste forme di protezione si sono rivelate insufficienti, ciò che ha portato il legislatore ad adottare le regole di cui al sopra menzionato § 31 WpHG ed ai paragrafi successivi. Ne consegue che attualmente l'entrata nel contratto del commissionario è esclusa radicalmente nel settore del mercato mobiliare, sicché la negoziazione di titoli avviene esclusivamente o mediante compravendita o mediante contratti di commissione senza entrata nel contratto del commissionario<sup>52</sup>.

Altre ipotesi di conflitto di interessi riguardano i casi in cui il commissionario si è obbligato con una pluralità di committenti. Si ritiene che, in linea generale, il commissionario debba agire secondo un criterio di priorità temporale (*Prioritätsprinzip*), privilegiando gli interessi del committente con il quale per primo ha concluso un contratto. E' inoltre obbligato ad informare i committenti posteriori dell'esistenza di un precedente contratto di commissione o, se ciò non è possibile in ragione di vincoli di riservatezza, dovrà senz'altro rifiutare gli incarichi successivi confliggenti con quelli anteriori. Il criterio cronologico quale criterio di soluzione di possibili conflitti di interessi è, del resto, l'unico compatibile con il principio di parità di

---

<sup>52</sup> Schmidt, op. cit., 907-908; Hopt, Handelsrecht op. cit., Rn. 811.

trattamento dei committenti che, in base alla clausola generale di buona fede, deve guidare il commissionario<sup>53</sup>.

Sulla ripartizione dell'onere della prova fra committente e commissionario può dirsi che, come per il mandato in generale (cf. supra par. I), si applica la regola del § 282 BGB ed è il commissionario a dover dimostrare che ha adempiuto diligentemente le proprie obbligazioni<sup>54</sup>. Il § 390 I HGB, in base al quale il commissionario ha l'onere di provare di aver diligentemente custodito il bene (danneggiato) del committente, non ha quindi una valenza derogatoria del principio generale: l'esistenza di questa norma specifica si spiega piuttosto da un punto di vista storico, poiché riprende il contenuto della norma corrispondente dell'abrogato codice commerciale<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Koller, Interessenkonflikte im Kommissionsverhältnis, BB, 35/36, 1978, 1734 ss.; così anche Hopt, Kapitalanlegerschutz, München, 1975, 484.

<sup>54</sup> Hopt, op. cit., 440.

<sup>55</sup> Schmidt, op. cit., 877.