

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 21/10/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30372-la-rappresentanza-il-mandato-e-la-distinzione-fra-locazione-d-opera-e-di-servizi-secondo-la-dottrina-e-giurisprudenza-spagnola>

Autore: Francesco G. Leone

La rappresentanza, il mandato e la distinzione fra locazione d'opera e di servizi secondo la dottrina e giurisprudenza spagnola

“LA RAPPRESENTANZA, IL MANDATO E LA DISTINZIONE FRA LOCAZIONE D’OPERA E DI SERVIZI SECONDO LA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA SPAGNOLA”

Francesco G. LEONE*

ABSTRACT

Il presente lavoro si propone di analizzare l’istituto del mandato così come disciplinato dal codice civile spagnolo. L’indagine, pertanto, prende le mosse dall’analisi storica del mandato per poter meglio comprendere l’origine e la natura della sostituzione giuridica.

Concetti distinti e separati per l’ordinamento italiano, quali la *rappresentanza* e *procura*, tendono a confondersi nell’ordinamento spagnolo.

Dottrina e giurisprudenza hanno tentato di fare chiarezza in relazione al *poder, apoderamiento y la representacion*, ma restano alcuni punti contrastanti fra i due ordinamenti.

Il più noto è il discorso che gravita attorno non solo alla gratuità/onerosità del mandato, ma anche alle rispettive definizioni, delle quali non vi sono ancora conclusioni univoche. E allora si rende necessario individuare le particolarità del mandato spagnolo e separarlo dai restanti negozi giuridici.

* Laureato in Giurisprudenza presso l’Università di Roma “Tor Vergata”. Master di II Livello in Diritto Commerciale Internazionale Università di Roma “La Sapienza”. *Licenciado en Derecho* e avvocato del foro di Madrid. Collabora con il Centro di Ricerche Economiche e Giuridiche (CREG) dell’Università di Roma “Tor Vergata” e con il *Centro Argentino de Estudios Internacionales* (CAEI).
Email: leone@juris.uniroma2.it / leone@icam.es

ABBREVIAZIONI

Art. – Articolo

C. – Comma

C.C.I. – Codice Civile Italiano

C.C.S. – Codice Civile Spagnolo

S.T.S. – Sentencia del Tribunal Supremo

1. Introduzione:

La fine dell'impero romano segnò l'inizio dei c.d. *diritti forali*¹ che nella penisola iberica si sono configurati come una costellazione di singoli diritti, baleare, navarro, galiziano, castigliano, per nominare alcuni. L'influenza visigota, con l'introduzione del *Liber Iudiciorum*², segnò l'inizio della "germanizzazione" del diritto spagnolo.

Notevole fu il contributo fornito dal *Code Napoléon* e della pandettistica tedesca nella definizione e nella successiva codificazione del mandato. Altrettanto importante il lavoro degli studiosi spagnoli per recepire le norme e le peculiarità di questo istituto.

Il *Código Civil Español* appartiene alla famiglia dei codici d'ispirazione romanistica e raccoglie nel suo seno, oltre alle leggi civili, alcune delle tradizioni e consuetudini della penisola iberica fino al 1899, quando si procedette all'emanazione del vigente codice civile. Il nostro punto di partenza sarà l'analisi del testo nella sua lingua originale.

Per fare ciò è necessario introdurre la nozione di *concessione di potere* che discende dal negozio di *apoderamiento* dentro dell'ambito concettuale della rappresentanza il quale ha fortemente influenzato il diritto spagnolo³.

¹ I *fueros locales, fueros municipales* o, semplicemente, *fueros* (in Francese *for*, in Catalano-Valenciano *furs* e in Portoghese *foral*) furono gli statuti giuridici applicabili in un determinato territorio con lo scopo di regolare la vita locale stabilendo un insieme di norme, diritti, e privilegi concessi dal Re o dal Signore della terra oppure dal proprio Consiglio (in lingua galiziana *Consello*). Fu un sistema di diritto territoriale utilizzato nella penisola iberica nell'alto medioevo. Fu anche utilizzato, anche se in maniera diversa e con intensità minore, in alcune zone della Francia.

² Il *Liber Iudiciorum* (o *Lex Visigothorum*) fu un corpo di leggi visigote di carattere territoriale emanato dal Re Recesvindo e pubblicato nel anno 654 d.c. e consultabili telematicamente, vedi <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/80272752878794052754491/thm0000.htm> -

³ Si sono occupati del *poder, apoderamiento y representación*, i seguenti autori spagnoli: Traviesas, *La representación y otras instituciones afines*, Madrid, 1923. Albaladejo, *La representación*, Madrid, 1958. Ladaria Caldentey, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952. Cerillo Quilez, *La representación voluntaria*, Barcelona, 1963. De Castro, *Temas de Derecho civil: la representación*, Madrid, 1972. Gordillo Canas, *La representación aparente*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. N° 36, Sevilla, 1978.

2. *El negocio de apoderamiento*

La dottrina classica spagnola fonda le proprie basi dogmatiche nella scienza giuridica germana⁴ mentre nel libro I dedicato alla parte generale del *Bürgerliches Gesetzbuch*⁵, scopriamo l'esaustiva normativa sulla rappresentanza. La dottrina classica⁶ sostiene che sussiste rappresentanza allorché vi sia negozio giuridico per il tramite di una persona, il *rappresentante*, che agisce in nome di un'altra, e il *rappresentato*, ove gli effetti giuridici si producono sempre, *in modo diretto ed immediato*, nella sfera giuridica del rappresentato e mai in quella del rappresentante. Affinché si possa parlare di rappresentanza pura, è sufficiente che l'azione del rappresentante sia posta in essere in nome del rappresentato. Tuttavia occorrerebbe, per la produzione dell'efficacia diretta della gestione rappresentativa nella sfera giuridica del rappresentato, un nuovo requisito, che consiste nella concessione del potere di rappresentanza, oppure, nella ratificazione da parte del *dominus* di quanto ha fatto il rappresentante. Riassumendo, possiamo trarre due importanti conclusioni. La prima è che si potrà parlare di rappresentanza senza potere; qualsivoglia siano i suoi effetti sarà una vera e propria rappresentanza che si avvererà allorché il *dominus* ratifichi quanto posto in essere dal rappresentante; la seconda è che si potranno scindere in maniera indipendente: il *negozio* che concede il potere ed il *negozio attuato dal rappresentante* con il terzo. La concessione di un potere nell'ordinamento spagnolo, il c.d. *apoderamiento*, si configura come

⁴ Riguardo il contributo della pandettistica tedesca sulla dottrina classica spagnola della rappresentanza, vedi Díez Picazo, *El concepto jurídico de la representación en el derecho privado*, Madrid, 1968, p. 140.

⁵ Il *Bürgerliches Gesetzbuch* è composto da 5 parti principali. Il primo libro è dedicata alla *parte generale* c.d. "*Allgemeiner Teil*" dalle sezioni da 1 a 240 e comprende le norme comuni a tutte le altre quattro parti consultabile telematicamente <http://www.buergerliches-gesetzbuch.info/>

⁶ Vedi Bonet Ramón, *Código Civil, de Mucius Scaevola*, Madrid, 1949, T. XX, p. 341-353, Cerillo Quilez, *La representación voluntaria*, Barcelona, 1963, p. 185-194.

un negozio giuridico⁷, unilaterale e ricettizio⁸, indipendente dal rapporto giuridico preesistente fra le parti⁹.

Conseguenza dell'*apoderamiento*, è che la persona investita dal *poder* (*apoderado*) avrà la facoltà di agire in nome del *poderdante*. L'*apoderamiento*, trova la sua ragione d'essere nel rapporto giuridico esistente fra il *poderdante* e il *apoderado*. In questo senso, si tende ad affermare che il negozio causale sottostante al *apoderamiento*, sarà il contratto di mandato, anche se non si escludono contratti diversi quali società oppure di servizi, per elencare alcuni.

Riguardo gli effetti dell'attuazione rappresentativa, è irrilevante l'interesse che possa guidare il rappresentante nella sua attuazione. Normalmente, il rappresentante agisce nell'interesse del rappresentato, ma sarà anche possibile ipotizzare l'agire del rappresentante per proprio interesse o nell'interesse di un terzo -ad esempio il debitore che concede un potere ai suoi creditori ai fini di vendere i suoi beni e con il ricavato, possano soddisfare le proprie pretese creditizie-.

A nostro avviso, si devono separare nettamente i concetti di mandato e rappresentanza. Il mandato è un contratto che obbliga il mandatario a compiere l'incarico ricevuto dal mandante -art. 1711 c.c.s.-mentre il potere di rappresentanza legittima il rappresentante (*apoderado*) ad agire nei confronti di terzi in nome del rappresentato (*poderante*), il quale potere deriva da un negozio di concessione (*apoderamiento*). Insomma, la rappresentanza sorgerebbe dal negozio giuridico di *apoderamiento*, non dal mandato, essendo quest'ultimo il mezzo o semplicemente lo strumento per l'adempimento dell'incarico quando sia ravvisata la necessità di rapportarsi coi terzi. Questa è la tesi sostenuta dalla giurisprudenza del Tribunal

⁷ Gordillo Cañas, *La representación aparente*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla. N° 36, Se villa, 1978, p. 27 considera "più conformemente alla natura giuridica del *apoderamiento*, la sua qualificazione come dichiarazione unilaterale di volontà".

⁹ Díez-Picazo. *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979, p. 35 "ragione per la quale potrà qualificarsi come negozio astratto".

Supremo -S.T.S. del 16 de Febbraio 1935¹⁰, 22 Maggio 1942 e 1 Dicembre 1944 per citare le più emblematiche- sintetizzata così dal Laband¹¹:

“Mandato e potere sono figure diverse benché possono coincidere in maniera occasionale. Nel mandato che io conferisco ad un’altra persona onde celebrare un negozio giuridico a nome mio, potrà esistere, contemporaneamente, il potere di rappresentanza perché lo realizzi in mio nome -coincidenza fra mandato e potere-. Potrebbe esistere un mandato senza potere, come occorrerebbe sempre che l’incarico che il mandatario debba eseguire abbia a che fare contrattando con Egli stesso con terzi in suo nome. Ci sono anche poteri senza mandato, come succede in tutti quei casi che la potestà di attuare in nome del dominus si fonda nei rapporti giuridici diversi di quelle che genera il contratto di mandato. Ad esempio, i soci gestori di una società civile ostentano poteri di rappresentanza, ma non sono vincolati per un contratto di mandato con la società - art. 1695 c.1 c.c.s.-¹².”

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo del 16 de Febrero 1935 - RJ 1935/462, Ponente Sr. Castán Tobeñas - [http://mju-aranzadi-biblio.knosys.net/cgi-bin/know3.exe/texto.htm?NDoc=16192&Consulta=.EN%20PAD%20\(Aranzadi%20Civil%20%20AC%20\)&Pos=322&UD=](http://mju-aranzadi-biblio.knosys.net/cgi-bin/know3.exe/texto.htm?NDoc=16192&Consulta=.EN%20PAD%20(Aranzadi%20Civil%20%20AC%20)&Pos=322&UD=).

¹¹ Laband, *Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 1866, T. X, p. 204. Riguardo il processo di separazione fra rappresentanza e mandato a cura di Laband, i suoi inizi con Ihering y Hunger e successive critiche di Curtius, Castein e Schollossmann, vedi Hupka, *La representación voluntaria*, trad. Sanchez Seral, Madrid, 1930, p. 9. Riguardo lo stesso argomento ma con i particolari della dottrina italiana, vedi Pugliatti, *Il conflitto d’interessi tra principale e rappresentante*, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 61-68. Non a caso Laband sviluppò le sue teorie che riguardavano l’*apoderamiento* sulle basi del diritto mercantile. Gli scambi commerciali esigono che il potere di rappresentanza sia indipendente dal rapporto che vincola il rappresentante. Hupka, op. cit. p. 19-20 sostiene inoltre l’autonomia del *poder* con speciale regolamentazione della rappresentanza nel Codice Generale del Commercio Tedesco. In aggiunta, Garriguez, *Curso de derecho mercantil*, Madrid, 1940, p. 97, attribuisce al diritto commerciale la separazione fra rappresentanza e mandato in quanto vi è la necessità della certezza degli scambi come sostenuto nel capitolo I della presente tesi.

¹² Mandato e *poder* sono due realtà giuridiche diverse, non solo per il contenuto, ma anche per gli effetti che ne discendono. Secondo Díez.-Picazo, la sentenza del 16 Febbraio del 1935, è stata la prima sentenza che ha differenziato entrambi gli istituti. Egli affermò che *“non è possibile nella attuale fase dell’evoluzione delle idee giuridiche, confondere le idee di rappresentanza (concetto giuridico meramente formale) e mandato (relazione materiale della gestione), perfettamente delineate dalla dottrina scientifica a partire da Laband e dalla stessa giurisprudenza di questa Sala, né resta considerare la distinzione come meramente accademica, e senza trascendenza pratica, dato che quando i poteri sono legati da un rapporto giuridico interno, costituito da un contratto di mandato, non è essenziale che coincidano e non sempre sono identici i principi e norme che rispettivamente abbiano a legare il potere e la manifestazione giuridica obbligatoria che senta le basi per il suo conferimento”*. Díez-Picazo, *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979, p. 37.

3. Il mandato (art. 1709 – 1739 c.c.s.):

Oggi, a più di un secolo di distanza dalla codificazione del diritto spagnolo e da quella lotta fra ideali contrapposti, fra unitari e autonomisti, fra liberali e assolutisti, si scorge la sintesi antitetica di questo scontro, delineata nella prosa dell'art. 1709 c.c.s. che definisce il mandato come “*contratto con il quale si obbliga una persona a prestare qualche servizio o fare qualche cosa per conto o incarico di un'altra*”¹³. Una simile definizione richiama l'attenzione del lettore, non solo per le vicende storiche sottostanti, bensì per ciò che attiene l'indeterminatezza di un siffatto enunciato, in quanto il contenuto del *fare qualche cosa* o di *prestare qualche servizio* comporta una generica prestazione con infiniti contenuti. La stessa dottrina spagnola attribuisce a questa definizione una predominante vaghezza poiché nella definizione non si richiama nessuno dei caratteri tipici del mandato quali ad esempio la collaborazione e/o la cooperazione, né tanto meno il compimento di atti giuridici. Invero, questa definizione tende a paragonare il mandato alla locazione di opera o di servizio”¹⁴ di stampo, schiettamente liberale.

Giova evidenziare come l'art. 1711 c.c.s. abbia sintetizzato *l'animus* storico del *manus datio*. Il summenzionato articolo dispone che “*in mancanza di patto contrario, il mandato si suppone gratuito*”¹⁵. Orbene, per una parte della dottrina spagnola, rappresentata da Morató, Traviesas ed altri,¹⁶ l'amicizia ed il disinteresse sono elementi essenziali del mandato; per taluni altri invece, potrebbe pattuirsi oneroso o gratuito visto che l'art. 1711 c.c.s.

¹³ Art. 1709 c.c.s. “*por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra*”.

¹⁴ La locazione di opera o servizio, in lingua spagnola *arrendamiento*, è definita nell'art. 1544 c.c.s. quale contratto per il quale “*una de las partes se obliga a ejecutar una obra o prestar a la otra un servicio por precio cierto*” in Italiano “*una delle parti si obbliga ad eseguire un'opera o prestare all'altra un servizio dietro prezzo certo*”.

¹⁵ Art. 1711 c.c.s. “*a falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito*”.

¹⁶ Morató, *El Derecho Civil Español*. Reimp. de la ed. de Valladolid. Imp. y Librería Nacional y Extranjera de H. de Rodríguez, Madrid, 1877, p. 459. Traviesas, *El mandato retribuido y el arrendamiento de servicios o de obra en Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Enero-Febrero, 1919.

sancisce una mera facoltà in favore delle parti le quali possono pattuire o meno il compenso per la conclusione dell'affare. A ben vedere, il codice prevede anche, ed in maniera esplicita, il mandato oneroso creando questa presunzione nel caso di attività professionale del mandatario svolta con relativa frequenza.

La dottrina spagnola si divide altresì nella delimitazione dell'oggetto del mandato, infatti, alcuni preminenti giuristi sostengono che possono compiersi solo atti giuridici, mentre un altro orientamento -più numeroso e qualificato- rappresentato da Pérez González y Alguer, Castán Tobeñas y Puig Peña, Puig Brutau¹⁷, sostiene che l'ampiezza dell'art. 1709 c.c.s. non autorizza una simile limitazione. Secondo Iturraspe, *“per coloro i quali non differenziano l'oggetto del contratto di mandato dalla locazione d'opera o servizi, né dalla rappresentanza, né dall'onerosità, la distinzione la si trova nel sostantivo negozio che il mandatario compie per conto o incarico¹⁸ dell'altro e sono quest'ultimi a comportare inoltre la funzione di rappresentanza¹⁹”*. Sempre sull'oggetto del mandato García Valdecasas evidenzia la sostituibilità dello stesso: *“c'è mandato quando gli atti incaricati appartengono alla sfera della propria attività del mandante e sono quelli che normalmente si realizzano per sé; c'è locazione, invece, quando i servizi incaricati sono estranei alla propria attività”²⁰*.

Del c.d. mandato rappresentativo²¹ o della rappresentanza, quale connotato essenziale del mandato, parlano Sánchez Román²² e Valverde²³.

¹⁷ De Diego, *Curso*, Madrid, 1923, T. IV p. 331. Sierra Pomares, *Mandato*, in Enciclopedia Jurídica Española. De Buen, *Notas al curso de Colin y Capitant*, Madrid, 1925, T. IV p.239.

¹⁸ Art. 1709 c.c.s. *“Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”* appunto per *“conto o incarico dell'altra”*.

¹⁹ Iturraspe, *Mandatos*, Buenos Aires, 1996, p. 51.

²⁰ García Valdecasas, *La esencia del mandato*, in Revista de Derecho Privado, Madrid, Octubre 1944. *“Hay mandato cuando los actos encomendados pertenecen a la esfera de la propia actividad del mandante, son de aquellos que normalmente realiza por sí; hay locación, por el contrario, cuando los servicios encargados son ajenos a la actividad propia”*.

²¹ Art. 1717 c.c.s che regola l'attuazione del mandatario in nome proprio.

De Castro aggiunge che la ragione d'essere della rappresentanza giuridica ricade nella possibilità di “*potenziare le possibilità dell’attuazione delle persone dando luogo al miracolo giuridico della bilocalizzazione*”²⁴. Contrariamente alla dottrina predominante, ammettono che la rappresentanza potrà esistere o meno, come conseguenza del *poder* o dalla procura che *si stacca*²⁵ dal mandato -come sostengono alcuni autori quali Castán Tobeñas, Puig Peña y Puig Brutau²⁶-. La dottrina è tuttavia compatta nel sostenere, unanimemente, una cosa: che il codice confonde il contratto di mandato con il potere di rappresentanza.

Il mandato spagnolo potrà essere rilasciato con o senza rappresentanza anche se lo stesso codice non traccia una netta distinzione fra entrambi gli istituti. Come avremo modo d'illustrare nel punto successivo, dobbiamo assolutamente differenziare il contratto di mandato dalle altre figure affini: nella locazione d'opera, contratto che normalmente vige per le professioni liberali, troviamo la sostituzione quale caratteristica principale, mentre che nel mandato, notiamo come punto saliente il compimento di atti giuridici. A sua volta, il contratto di lavoro tende a distinguersi per il carattere della dipendenza, e la gestione d'affari altrui per il predominante carattere spontaneo di quest'ultima.

Parte della dottrina spagnola però, è determinata a commettere una netta distinzione fra i concetti giuridici di mandato e rappresentanza partendo dall'analisi delle differenze essenziali di entrambi gli istituti, con la speranza che gli intenti non svaniscano nella trattazione del mandato rappresentativo -

²² Sánchez Román, *Derecho civil*, Madrid, 1912, T. IV, p. 490.

²³ Valverde, *Tratado de Derecho Civil*, 4ta. Ed., Madrid, 1931, T. III, p. 612.

²⁴ De Castro, *Temas de Derecho civil*, *La representación*, Madrid, 1972, p. 105.

²⁵ La dizione del testo spagnolo propone la parola “*nacida del poder o procura che se desprenda del mandato*” che in Italiano si tradurrebbe “nata dal potere o procura che si stacca/svincola dal mandato”.

²⁶ Castán Tobeñas, *Derecho Civil español, común y foral*, 8va. Ed, Madrid, 1956, T. IV p. 503. Puig Peña, *Tratado de derecho civil español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946 T. IV p. 322. Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, p. 363.

mandato per il rapporto interno fra mandante e mandatario e l'*apoderamiento* con gli altri terzi- sempre e quando il rappresentante agisca dentro del potere che gli è stato conferito.

Malgrado i poteri si possano ben conciliare con un rapporto giuridico fondato sul mandato, non è essenziale questa condizione né sono identici i principi e le norme che si riferiscono al potere ed al rapporto giuridico sottostante al conferimento. Come ha stabilito la giurisprudenza e parte della dottrina, allorché il mandato si occupi dei rapporti materiali interni fra mandante e mandatario, l'*apoderamiento* fungerà da concetto di natura formale, trascendendo l'esterno, determinato a legare il rappresentato con i terzi - S.T.S. del 24 Febbraio 1995²⁷ -.

Uno degli aspetti prominenti del mandato spagnolo è l'autonomia della gestione. L'autonomia perciò non sarà altro che la diretta conseguenza frutto dell'elezione dal mandante fra altrettanti mandatari. Si tratta di una scelta che non sarà neppure condizionata dalla funzione economica tipica dalla prestazione di servizi o per il seguito dell'esecuzione di un'opera. Ecco perché si afferma che mandato e rappresentanza, per il diritto spagnolo, sembrano essere destinati a determinare i rapporti originari fra di loro. Gli altri rapporti, ad esempio di stampo societario, di commissione o per la compravendita, devono risultare da un titolo espresso. In questo senso, il mandato potrà essere generale e comprensivo di tutti i negozi giuridici del mandante o, nel suo difetto, speciale per uno o più negozi determinati secondo i dettami dell'art. 1712 c.c.s. In virtù dell'articolo successivo, il 1713 c.s.s, i titoli trovano il proprio fondamento giuridico nei c.d. mandati espressi. Il mandato, in termini generali, non comprende se non gli atti di amministrazione, mentre, per poter alienare, liquidare o ipotecare il mandatario dovrebbe munirsi di mandato espresso. Tutti i rapporti derivanti

²⁷ Sentencia Tribunal Supremo 24 Febrero 1995 (RJ 1995, 1135) - vedi [http://mju-aranzadi-biblio.knossys.net/cgi-bin/know3.exe/texto.htm?NDoc=4528&Consulta=.EN%20PAD%20\(Aranzadi%20Social%20%20AS%20\)&Pos=282&UD=](http://mju-aranzadi-biblio.knossys.net/cgi-bin/know3.exe/texto.htm?NDoc=4528&Consulta=.EN%20PAD%20(Aranzadi%20Social%20%20AS%20)&Pos=282&UD=)

dal contratto di mandato si caratterizzano, dunque, per l'autonomia della gestione, per il limitato potere, per l'obbligo di rendiconto ma soprattutto, dalla gratuità della gestione.

4. Dottrina e giurisprudenza spagnola: la distinzione fra locazione d'opera, locazione di servizi e contratto di mandato.

Per ultimo, proponiamo l'analisi delle differenze derivanti dall'infortunata formulazione dell'art. 1709 c.c.s. rispetto alle altre figure contrattuali previste dal codice. Fine ultimo della nostra analisi sarà poter distinguere chiaramente, tutto ciò che si desume dalla dizione "*fare qualche cosa o prestare qualche servizio*" dagli altri dispositivi normativi che potrebbero oscurare l'operatività del mandato o collidere con l'estrinsecarsi del negozio gestorio. Ci si riferisce più precisamente, alla distinzione fra mandato, locazione d'opera e locazione di servizi tracciata dalla giurisprudenza e dottrina spagnola.

In linea di massima, possiamo definire la *locazione d'opera* rispetto alla *locazione di servizi*, in quanto contratto con il quale una parte si compromette a realizzare un'opera e l'altra a corrispondere il relativo prezzo. L'obbligazione primaria sarà quella di eseguire l'opera utilizzando la dovuta diligenza e seguendo le regole stabilite dall'accordo comune -qualità dell'opera, sicurezza, stabilità, attitudine ecc.- e l'obbligazione secondaria corrisponderà al momento soddisfattivo che si verificherà tutte le volte che vi sarà il pagamento del compenso. Proporzionalità fra retribuzione e lavoro svolto è una caratteristica intrinseca della locazione d'opera. Una prima distinzione positiva emerge mettendo entrambe le figure a confronto, e la si ricava dall'oggetto della prestazione a seconda del mezzo o del risultato posto a fondamento dell'esecuzione dell'opera. La locazione d'opera implica l'assunzione di un rischio economico tutte le volte che un soggetto si compromette a raggiungere un certo risultato. Laddove vi sia semplice

amministrazione, assumendo talvolta i rischi d'impresa da parte dell'imprenditore, non sussisterebbe -per l'ordinamento spagnolo- questo tipo di contratto²⁸. Si potrebbe ipotizzare locazione d'opera, allorquando il locatore si comprometta ad ottenere un risultato concreto voluto dalla controparte, come ad esempio, costruire un ponte, trasportare una cosa, scrivere un libro di diritto, ecc. Nell'*arrendamiento de servicios* -leggasi locazione di servizi- il risultato risulterà estraneo all'obbligazione del locatore, vi sia o no il rischio del locatario che lo paga. Dall'art. 1544 c.c.s.²⁹ -che usa definire congiuntamente locazione d'opera e di servizi- non si desumono criteri validi che permettano di distinguerli facilmente³⁰. Siamo in grado ora di poter definire alcuni criteri validi per differenziare queste figure: 1) il contratto di locazione di servizi riguarda una attività che non tiene conto del risultato del servizio. Nella locazione d'opera l'oggetto della prestazione è il risultato finale con ampia libertà riguardo il modo per raggiungere lo scopo³¹; 2) Nel contratto di locazione di servizi il corrispettivo deve essere

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo del 24 Settembre 1984 – (RJ 1984, 4335) "*Que ya las sentencias de esta Sala, de 4 de febrero de 1950, 23 de noviembre de 1964, 10 de junio de 1975, 19 de junio de 1982 y 3 de noviembre de 1983, al referirse a un contrato como el del recurso, lo calificaron como de «obra o empresa», en el que el profesional, mediante remuneración, se obliga a prestar al comitente no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por la misma, o, lo que es igual, una prestación de resultado íntimamente ligada con la finalidad deseada y prevista por los contratantes, en el caso el «opus» constituido por el «proyecto», pero, por ello mismo, revestido con las condiciones o requisitos de viabilidad precisas para que la obra a la que se refiere pueda ser ejecutada y realizada*".

²⁹ Art. 1544 c.c.s. "*En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto*".

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 25 mayo 1998 – vedi <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200211-57561461010233090.html> - "*El artículo 1544 del Código Civil engloba dos tipos contractuales de arrendamientos, y sin duda la parte recurrente cuando habla de inaplicación de dicho precepto se refiere, en primer lugar, al de obra, pues como tiene dicho, esta Sala, si un arquitecto se obliga a redactar un proyecto el contrato es de obra y así lo especifica, por todas, la Sentencia de esta Sala de 26 septiembre 1986, cuando en ella se dice que la relación del arquitecto y cliente es de obra, en cuanto que el profesional, mediante remuneración se obliga a prestar al comitente más que una actividad, el resultado de la misma prestación ligada a la finalidad perseguida por los contratantes, consistente en el «opus» constituido por el proyecto que siempre ha de estar revestido de las condiciones o cualidades de viabilidad para que la obra pueda ser ejecutada*".

³¹ Audiencia Provincial de Gerona 18 febrero 1998 - <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200211-57561461010233090.html> - "*Se trata, en todo caso, de un contrato calificado como consensual, bilateral y sinalagmático que lleva consigo que el contratista asume una obligación de hacer, pero una obligación de hacer en la que no se compromete una actividad, sino un resultado*".

proporzionato alla durata dei servizi richiesti, nel contratto d'opera è prassi comune fissare la retribuzione in proporzione al numero o *quantum* dell'opera; 3) Nel contratto di prestazione di servizi sussiste un rapporto di dipendenza da parte di chi riceve, mentre che nel contratto d'opera l'attività volta al risultato è perseguibile in maniera indipendente. La domanda sorge spontanea: quali criteri permangono in dottrina alla luce della giurisprudenza?. Prevalle il criterio rappresentato dal punto 1 quello che incide sull'oggetto immediato dell'obbligazione. Secondo la giurisprudenza il locatario *“si obbliga alla prestazione di servizi o di lavoro o di una attività in se medesima e non al risultato che quella prestazione produce, l'arrendamiento è di servizi e, invece, se si obbliga alla prestazione di un resultado, senza considerar el lavoro que lo crea, l'arrendamiento è di opera”*³². Nel contratto d'opera o d'impresa, come risulta dalle sentenze del Tribunale Supremo, la caratteristica essenziale è che il professionista³³, si obbliga a prestare al committente, non una propria attività professionale bensì, più concretamente, il risultato prodotto dalla stessa oppure una prestazione di risultato intimamente legata con la necessità desiderata e prevista dai contraenti. In questo senso, la sentenza della *Audiencia Provincial de Jaén*: *“la jurisprudencia sostiene que siamo in presencia di locazione d'opera, quando il suo oggetto è costituito dal resultado concreto e promesso dal professionista”*³⁴.

³² Audiencia Provincial de A Coruña 13 de julio 1994 - <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200211-57561461010233090.html> - *“para llevar a cabo la distinción en el objeto inmediato de la obligación del arrendador, de forma que si éste se obliga a la prestación de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma, no al resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios, y, en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra”*.

³³ Sentencias del Tribunal Supremo 25 de mayo de 1988 y 30 de junio de 1997- vedi <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200211-57561461010233090.html> -

³⁴ Sentenza dell'Udienza Provinciale di Jaén 9 aprile 2001 –vedi <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200211-57561461010233090.html> - *“la jurisprudencia viene manteniendo que nos hallamos en presencia de un arrendamiento- de obra cuando su objeto viene constituido por el resultado concreto prometido por el profesional; y no la prestación de unos servicios, además el precio era cierto y determinado (Sentencias del Tribunal Supremo 25 de mayo de 1988 y 30 de junio de 1997)”*

Possiamo concludere affermando che la locazione di servizi consiste nella prestazione di un servizio e non il compimento di un'opera, indipendentemente dal risultato ottenuto. Ad esempio, il pagamento della parcella dell'avvocato, tende a rassicurare il convenuto ed a predisporre una strategia difensiva, ma ciò non significherebbe affatto vincere la causa. Si tratta inoltre di un contratto consensuale, bilaterale a forma libera. La determinazione del compenso, pattuito liberamente, non potrà -diciamo non dovrebbe superare- i compensi previsti dagli albi professionali. In dottrina, vi sono stati tentativi di delimitare il mandato e *l'arrendamiento*. Dal punto di vista storico si apprende del carattere retributivo della prestazione di servizi; secondo la distinzione odierna, tiene conto del carattere autonomo dell'attività dell'agire in nome altrui nel carattere rappresentativo del mandato, delimitando le nozioni di gestione d'affari altrui, riservando al mandato l'attività giuridicamente rilevante.

5. Conclusione:

La parola *procura* in italiano si riferisce ugualmente sia al potere rappresentativo che al documento³⁵, mentre in Spagna si tiene conto del c.d. *fundamento* in cui riposa predetto potere e ci si riferisce nello specifico al c.d. *apoderamiento*³⁶. Vediamo inoltre come in Italia, il carattere negoziale della rappresentanza volontaria, discenda dall'art. 1378 c.c.i. Il codice civile spagnolo invece non contiene una simile dichiarazione espressa a riguardo³⁷.

³⁵ Per Messineo, *Il contratto in genere*, Milano, 1968, p. 238 la procura è un negozio unilaterale in se sufficiente per poter conferire la condizione di rappresentante. Anche il potere di rappresentanza si denomina procura. Procura non indica una entità specifica, autonoma e concettualmente definibile, bensì solo la situazione del rappresentante munito del c.d. potere rappresentativo.

³⁶ Díez Picazo, *El concepto jurídico de la representación en el derecho privado*, Madrid, 1968, p. 149 "La esencia de la representación no está ya en la forma de actuar de las partes, sino en la forma de producción del efecto jurídico. La representación sería en puridad, no un acto en nombre de otro, sino un acto con eficacia directa para otro".

³⁷ Ciò nonostante Pérez González y Algué, *notas a Enneccerus, Parte General II*, Barcelona 1970, p. 271 vede implicitamente affermato il carattere negoziale del *apoderamiento* come dichiarazione unilaterale e ricettizia negli art. 1259 c.c.s. e 1733 c.c.s.

Con il fine di mettere in rilievo l'indipendenza del *poder*, si vede affermare nella dottrina spagnola, con carattere di autentica *communis opinio*, la possibilità che il potere di rappresentanza ricada in un rapporto giuridico distinto dal mandato il c.d. *poder sin mandato*³⁸. L'agire del rappresentante in suo proprio nome nell'interesse del *dominus*, è anche una forma di rappresentanza: la c.d. rappresentanza indiretta o mediata. Una definizione corretta della rappresentanza deve comprendere entrambi presupposti. Così, nella rappresentanza diretta, come in quella indiretta, si ha in gestione un interesse altrui, ovvero, si opera per un'altra persona. Come dice Pugliatti: *l'altruità dell'affare è la base della rappresentanza, ed altra cosa diversa è la forma di adoperare il rappresentante per portarlo a termine, che comporterà effetti diversi, ma non a negare la rappresentanza indiretta*. La concessione di un potere di rappresentanza ad una persona perché lo possa utilizzare in suo interesse terzo -*procurator in rem suam*- costituisce una vita obliqua o indiretta che in realtà dà luogo ad una forma di fiducia e che, tuttavia, non appartiene in rigore alla dottrina della rappresentazione.

Secondo Núñez Lagos³⁹ fra tutti gli istituti eredi del diritto romano, forse il peggior assimilato dalla cultura occidentale è il contratto di mandato⁴⁰. Sancho Seral nelle sue note agli scritti di Hupka⁴¹, considera eccessivamente ampia la definizione di mandato contenuta nel codice civile spagnolo. L'art. 1709⁴² c.c.s., giova ripeterlo, consente di includere nella definizione di mandato la locazione di servizi e qualunque altro contratto di gestione. Sono ormai note e conosciute le frequenti e fondate critiche rivolte

³⁸ Ladaría Caldentey, *Legitimación y apariencia*, Barcelona, 1952, p. 68. Traviesas, *La representación y otras instituciones afines*, Madrid, 1923, p.200.

³⁹ Núñez Lagos, *La ratificación*, en Madrid, 1956, p. 152.

⁴⁰ Un esempio della frammentazione sono le 10 pagine di Bonet, p. 227-237 in cui risultano una buona parte delle definizioni di mandato.

⁴¹ Hupka, *La representación voluntaria, trad. y notas por Sancho Seral*, Madrid, 1930, p. 35.

⁴² *Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.*

verso il *Code Napoléon* che nel suo art. 1984⁴³ include nella sua definizione di mandato quella di rappresentanza. In questo senso il codice civile italiano sembra essere molto più preciso dato che l'art. 1703⁴⁴ definisce il mandato rispetto l'oggetto, ovvero, riguardo l'attività giuridica. Una definizione quasi identica la troviamo nel *código civil português* art. 1157⁴⁵ in vigore dal 1967.

Il congegno tracciato dalla dottrina italiana, vuole che il mandato sia frutto della regolazione del rapporto interno, poiché vi è *un'obbligazione*, mentre, nella figura tracciata dalla dottrina spagnola, vi è l'*apoderamiento*, e quindi una mera *autorizzazione*.

Il concetto giuridico di mandato sembra evolversi, storicamente, in relazione alla sua natura quale fondamento dell'istituto stesso.

⁴³ *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.*

⁴⁴ Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra.

⁴⁵ *Mandato é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta da outra.*

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, *La representación*, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1958.
- ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El mandato y la comisión mercantil*, Granada, 1997.
- BARRERA GRAF, *La representación voluntaria en el derecho privado*, México, 1967.
- BONET RAMON, *Naturaleza jurídica del contrato de mandato*, Barcelona, 1941.
- *Código Civil de Q. Mucius Scaevola*, Madrid, 1976.
- BORJA SORIANO, *Teoría general de las obligaciones*, México, 1959.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS y KELLY, *Contratos de colaboración empresaria*, Buenos Aires, 1987.
- CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, 8va. Ed, Madrid, 1956.
- *Derecho Civil Español, común y foral*, Madrid, 1985 T. II
- CERILLO QUILEZ, *La representación voluntaria*, Barcelona, 1963.
- COMPAGNUCCI DE CASO, *El negocio jurídico*, Buenos Aires, 1992.
- CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato*, Madrid, 1984.
- DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, 1973.
- DE CASTRO, *Temas de Derecho civil: la representación*, Madrid, 1972.
- DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, Madrid, 1987.
- DIEZ-PICAZO, *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979.
- *Los efectos jurídicos de la gestión representativa*, Anuario de Derecho Civil, T. XXI, Madrid, 1978.
- *El concepto jurídico de la representación en el derecho privado*, Madrid, 1968.
- DIEZ PICAZO-GULLON, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 2000.
- ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1838.
- ETCHEVERRY, *Derecho comercial y económico. Contratos. Parte especial*, Buenos Aires, 1991.
- FALCON, *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*, 5.^a ed. Barcelona, 1897.
- FARINA, *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, 1993.
- GARCIA VALDECASAS, *La esencia del mandato*, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Octubre 1944.
- *Los efectos jurídicos de la gestión representativa*, Anuario de Derecho Civil, T. XXI, Madrid, 1978.
- GARRIGUEZ, *Curso de derecho mercantil*, Madrid, 1940.
- GHERSI, *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires 2006.

GOMEZ DE LA SERNA, MONTALBAN, *Elementos de Derecho civil de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española, tomo II, 2.ª ed. corregida y aumentada*, Madrid, 1843.

GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. N° 36, Sevilla, 1978.

HINESTROSA, *De la representación*, in *Roma e America*, 8, 1999.

HUPKA, *La representación voluntaria*, trad. a cura di Sanchez Seral, Madrid, 1930.

IGLESIAS, *Espíritu del derecho romano*, Madrid, 1984.

ITURRASPE, *Mandatos*, Buenos Aires, 1996.

JIMENEZ SANCHEZ, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 2006.

LACRUZ BERDEJO, *Parte General del Derecho Civil, persona jurídica, objeto, derecho subjetivo*, Zaragoza, 1974.

LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia*, Barcelona, 1952.

LAURENT, *Los principios de derecho civil francés*, Puebla, 1914.

LEON ALONSO, *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales*, T. XXI, V II, Madrid, 1988.

LETE DEL RIO, *Derecho de obligaciones*, Madrid. 1990.

LOPEZ LOPEZ, *Retención y mandato*, Bolonia, 1976.

LORENZETTI, *Problemas actuales de la representación y el mandato*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n°6, Representación, Santa Fe, 1994.

MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español, artículos 1604-1789, sexta edición revisada por J. M. BLOCH*, T. IX., Madrid, 1972.

MARTINEZ GARCIA, *Apoderamientos preventivos y autotutela* in Martínez Die *La protección jurídica de los discapacitados*. Consejo General del Notariado. Madrid, 2000.

MORATO, *El Derecho Civil Español*. Reimp. de la ed. de Valladolid. Imp. y Librería Nacional y Extranjera de H. de Rodríguez, Madrid, 1877.

NAVARRO AMANDI, *Código Civil de España. Compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes con expresión de sus orígenes, jurisprudencia del Tribunal Supremo, concordancias con los principios de otros pueblos y comentarios*, Madrid, 1880.

NUÑEZ LAGOS, *La ratificación*, en Madrid, 1956.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, *Representación, poder y mandato*, México, 2006.

PORPETA CLERIGO, *Sustitución del poder en Anales de la Academia Matritense del Notariado*. T. I. Madrid, 1943.

PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona, 1970.

- *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, 1985.

- *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, 1981.

PUIG PEÑA, *Tratado de derecho civil español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.

RAGGI, *Podere y mandatos*, Buenos Aires, 2007.

SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil*, Madrid, 1912.

SIERRA POMARES, *Mandato*, en *Enciclopedia Jurídica Española*. Victor Pedret, de Enrique Oliver y Juan Torres, Barcelona, 1910.

TRAVIESAS, *La representación y otras instituciones afines*, Madrid, 1923.