

UNITARIETÀ E CENTRALITÀ DEL CONTRATTO D'OPERA NEL PANORAMA DEI CONTRATTI DI SERVIZI,

Mauro Tescaro, Wolters Kluwer-Cedam, 2017.

A cura di **Federico Roselli**

già presidente titolare della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione

Mauro Tescaro ci informa come nell'attuale dibattito europeo e internazionale il tema dei contratti di servizi sia di massima attualità, pur non avendo ancora trovato una sistemazione. La relativa nozione, comprendente i contratti in cui la prestazione principale consiste in un fare, chiamato in sede internazionale service, non trova posto nel codice civile italiano, in ciò non agevolmente comparabile con gli schemi fondamentali delle principali codificazioni europee. Il contratto d'opera, inteso come tipo unitario disciplinato dagli artt. 2222-2238 cod. civ. e così comprendente non solo il contratto d'opera in senso stretto ma anche quello di prestazione intellettuale, costituisce il prototipo della detta categoria poiché, distinguendosi essenzialmente per il prevalente apporto personale del prestatore, ha un ampio ambito d'applicazione e una notevole potenzialità espansiva (p. 211). Al centro della figura sta il prestatore di servizio e la necessità di una sua particolare tutela in quanto lavoratore, coi suoi interessi anche morali (212). Al fare può accedere un dare, ma come prestazione secondaria.

La collocazione delle relative norme nel libro quinto, e non nel quarto, del codice civile ossia nell'ambito del diritto del lavoro invece che in quello del diritto civile, comprendente la disciplina degli altri contratti aventi ad oggetto un fare, apparve criticabile, soprattutto in un tempo in cui qualsivoglia scelta del legislatore “fascista” veniva disprezzata come ideologica o addirittura “estetica” (vedi le considerazioni svolte da Adalberto PERULLI in Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali, Milano 1996, e riportate da Tescaro a p. 76, nota 57. Perulli parla comunque di “anima giuslavoristica” del contratto d'opera, a p.12 dell'op. cit.). Ed in effetti in un

comunicato ministeriale del 12 luglio 1941, annunciante la pubblicazione in Gazzetta ufficiale del quinto libro del codice, si disse: "la nozione del lavoro a cui il nuovo libro si intitola è quella dettata dalla Carta del lavoro. Non il lavoro nel vecchio senso classista: bensì il lavoro considerato in tutte le sue manifestazioni organizzative ed esecutive, intellettuali, tecniche e manuali: il lavoro dell'imprenditore così come il lavoro del prestatore d'opera" (vedi N. RONDINONE, Storia inedita della codificazione civile, Milano 2003, 520). Sette anni dopo il primo comma dell'art.35 della costituzione repubblicana stabilì doversi tutelare il lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni", stante che ad ogni cittadino era imposto (art.4, secondo comma) "il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società". La necessità di protezione del lavoro non soltanto subordinato corrisponde dunque ad un valore sociale radicato già nel secondo quarto del secolo ventesimo, onde non può dirsi che a suo tempo abbia espresso nel codice una scelta di parte o di regime.

Su ciò sembra concordare Tesaro, il quale parla di "prospettiva di valorizzazione del lavoro autonomo in quanto tale adottata nella presente ricerca" (p.458) e nota come la comparsa della nuova figura del contratto d'opera nelle bozze provvisorie del quinto libro, pronte nell'aprile 1941, giungesse inaspettata; la figura dell'appalto, anch'essa molto generale nonché simile, fu differenziata incentrandola sull'organizzazione dei mezzi (art.1655) invece che sulla prevalenza del lavoro personale del prestatore (p.113), seppure l'appaltatore non dovesse essere necessariamente un imprenditore (p.123).

L'Autore aggiunge che la scelta di configurare il contratto d'opera, originale del legislatore italiano poiché il tipo non è riconducibile ad alcun modello preesistente, anche staniero, è tendenzialmente unitaria, non nel senso che tutti gli articoli da 2222 a 2238 debbano trovare applicazione ad ogni fattispecie concreta qualificabile come contratto d'opera, manuale o intellettuale, ma nel senso che ogni fattispecie possa, a seconda delle particolarità, trovarsi disciplinata in qualcuno di quegli articoli. Al centro della figura è comunque il prestatore di servizio e la necessità di una sua particolare tutela, innanzi tutto sotto il profilo economico, considerato che nella società italiana egli è più di

frequente parte "debole" (p.490-491).

Da condividere è l'opinione dell'Autore, secondo cui il giudice-interprete delle disposizioni ora dette non può, nella risoluzione di ogni contrasto tra committente e lavoratore, attenersi in ogni caso al criterio di tutela del secondo, quale parte debole, ma deve volta per volta "confrontarsi con le previsioni di legge e con il loro preciso tenore, anche letterale". Rimane tuttavia che quel criterio deve prevalere entro gli spazi lasciati dalla legge all' "ermeneutica giuridica". Quanto poi possano estendersi questi spazi e quali siano le regole operanti all'interno di essi è domanda a cui non può essere certo data risposta qui.

Che la discrezionalità interpretativa dei giudici in materia non abbia per lo più portato ad orientamenti univoci è notato da Tesaro, il quale rileva la tendenza dei medesimi ad adeguarsi abbastanza empiricamente alle caratteristiche di fatto del rapporto di volta in volta esaminato (p.356).

La funzione degli artt.2222 e segg. sta dunque nella protezione del lavoro autonomo, specialmente quando la continuità dell'esecuzione del contratto soddisfi un bisogno durevole, ciò che corrisponde all'ispirazione dell'attuale ordinamento costituzionale.

Tralasciando i casi in cui il contratto di lavoro dissimuli un rapporto di subordinazione, si parla di lavoro autonomo "dipendente", quando l'ossimoro sia giustificato dall'assenza di collaboratori subordinati, dai pochi clienti o da un cliente unico, nonché da un'opera continuativa dalla quale derivi la parte preponderante del reddito annuo (G. SANTORO PASSARELLI, Lavoro autonomo, Enc. dir. Annali V, Milano 2012).

Tesaro si riferisce a chi, nell'ambito di un'operazione contrattuale, s'impegna a svolgere il proprio (prevalente) lavoro personale il più delle volte, anche se non sempre, per procurare il necessario sostentamento a sé e alla propria famiglia, e non anche per lucrare un profitto imprenditoriale (p.178). La distinzione non può essere netta ma in ogni caso per l'Autore resta ferma l'inderogabilità di alcune norme, come quelle sul diritto ad una retribuzione, seppure non piena, anche in caso di mancato raggiungimento del risultato oggetto dell'obbligazione (artt. 2227 e 2237) oppure in caso di recesso acausale del committente (artt. 2225 e 2233, primo comma) o sul diritto al rimborso

delle spese nel caso di recesso del prestatore per giusta causa (art.2237, secondo comma) o ancora di compenso non pieno in caso di risoluzione per impossibilità sopravvenuta (artt.2228 e 2231) (p. 210 e 475-479).

L'Autore esprime la convinzione che nella società contemporanea la necessità di una più intensa tutela del prestatore d'opera – o, se si preferisce, del lavoratore autonomo – si pone ormai come ineludibile (p.496).

A questa necessità – possiamo dire ora – provvede la legge 22 maggio 2017 n.81, che, tra l'altro, considera abusive e prive di effetto le clausole contrattuali di eccessivo favore per il committente (art.3, comma 1), definisce parimenti abusivo il rifiuto del medesimo di stipulare il contratto in forma scritta (art.3, comma 2) nonché ogni patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica (art.3, comma 4), così estendendo le tutele stabilite dall'art.9 l. 18 giugno 1998 n.192 in materia di subfornitura di attività produttive. La stessa legge (art.6) provvede alla tutela previdenziale, attribuendo deleghe al Governo in favore di professionisti appartenenti ad ordini o collegi e di lavoratori autonomi iscritti alla Gestione separata, e dispone (art.7) in materia di indennità di disoccupazione per i lavoratori in rapporto di collaborazione coordinata e continuativa nonché di gravidanza, malattia e infortunio. Si realizza così almeno in parte l'auspicio espresso dal Tescaro e in forma più diffusa da Santoro Passarelli nella sopra citata voce d'enciclopedia. Diviene altresì generale la protezione della parte debole in ogni caso di dipendenza economica, su cui già N. MONTICELLI, Dall'abuso del diritto all'abuso di dipendenza economica, Roma 2006 ed ultimam. C. CASTRONOVO, Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia, in Europa e diritto privato 2017, 771-773. Occorre ora dar conto rapidamente della diligente esegesi codicistica condotta nella monografia.

Rapida e forse più rituale che funzionale alla successiva trattazione è la parte preliminare, ossia storico-comparativa sui contratti di servizi (cap. I).

Sono descritti nel secondo capitolo gli elementi costitutivi del contratto di lavoro autonomo, ossia la prestazione consistente in un fare, con caratteristiche che la diversificano da quella della vendita, del lavoro subordinato, dell'appalto, del mandato, della somministrazione. A questi

contratti possono applicarsi talvolta le norme sul contratto d'opera, direttamente o analogicamente, in caso di lacuna.

L'elemento del rischio caratterizza il lavoro autonomo, ma non nettamente poiché gli artt.2225 e 2228 permettono la determinazione del compenso in relazione non solo al risultato prodotto dalla prestazione ma anche allo sforzo normalmente necessario per produrlo; d'altronde il rischio grava in parte anche sul lavoratore subordinato retribuito a cottimo o con partecipazione agli utili. Si rivela così inutile la distinzione tra obblighi di mezzo e obblighi di risultato, su cui talvolta si fa consistere la distinzione tra lavoro subordinato ed autonomo, riducendosi così l'essenziale elemento distintivo nell'organizzazione dei modi attuativi della prestazione, che solo nei rapporti di lavoro autonomo spetta al prestatore.

Nel capitolo terzo è esaminata l'esecuzione dell'opera, che dev'essere personale. Qui è ampiamente svolto il tema dell'esercizio dell'attività professionale in forma societaria.

Il tema più rilevante è però quello del compenso. La già detta commisurazione non soltanto sul risultato economico dell'opera ma anche sul lavoro normalmente necessario per ottenerlo va oggi riconsiderata nell'ottica della valorizzazione anzitutto economica delle energie lavorative rese in situazione di autonomia (p.301). Questa valorizzazione potrebbe compensare l'arretramento delle tutele del lavoro subordinato, che caratterizza il tempo presente. Nel senso di questa compensazione va la recente legge n. 81 del 2017, già richiamata.

Il corrispettivo pattuito in misura eccessiva,, .

perché non giustificato dal "lavoro normalmente necessario" a conseguire il risultato né dal "decoro della professione" (art.2223, secondo comma), comporta l'esercizio del potere correttivo del giudice, sussistente anche in caso di compenso pattuito in misura talmente esigua da non assicurare il minimo ristoro dovuto per l'attività svolta con diligenza, e sia pure in mancanza di un risultato utile. In ciò Tesaro si discosta dagli orientamenti dominanti, dottrinali e giurisprudenziali (p.327).

Il quarto capitolo è riservato alla responsabilità del prestatore, anche per difformità e vizi dell'opera; materia necessariamente dominata dal criterio della

ragionevolezza, evidente soprattutto nell'art.2236. Nel quinto è svolto il tema dello scioglimento del contratto ossia del recesso e della risoluzione. Si segnala in particolare il problema della spettanza del compenso in caso di sopravvenuta cancellazione dall'albo o elenco di cui all'art.2231, specie se essa derivi da causa non imputabile.

Oltre al pregio della ricostruzione sistematica, caratterizzata da una notevole sensibilità lavoristica e potrebbe dirsi costituzionalista, deve notarsi l'ampiezza e la vasta informazione dimostrata nella trattazione complessiva, anche con riferimento alle principali pronunce della Cassazione, tanto che essa può fornire anche ai pratici un utile strumento di lavoro.

Meno evidente, tutto considerato, è l'utilità della nuova categoria dei contratti di servizio: Tesaro non dice che il nostro codice civile, benché attempato, mostri gravi lacune in proposito. Di questa categoria dice anche il prefatore Martin Schmidt-Kessel, che evidentemente si ritiene tanto noto da non aver bisogno di qualificarsi.