CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI
PRESSO LA CORTE DI APPELLO DELL'AQUILA

Scuola di Formazione Forense

Quaderni

- VI

Fabrizio Marinelli

Il professionista tra lavoro e impresa

L'Aquila, Novembre 2012

La sopravvivenza delle idee è un tema antico. Socrate aveva limitato il suo insegnamento all'oralità sicchè se non avesse avuto Platone come suo testimone e cronista, le sue idee, forse, non potevano essere riprese e fatte sopravvivere pur attraverso una trasmissione indiretta. È questa la ragione che deve essere alla base della pubblicazione dei "Quaderni" della Scuola Forense di L'Aquila, trasmettere le idee.

Il Prof. Avv. Fabrizio Marinelli, rispetta fedelmente l'assunto e la sua testimonianza si rivela attuale, nuova, ispirata dall'osservazione attenta del mondo dei professionisti che sta cambiando che tende e si atteggia ad impresa.

La stessa attenzione, però, la dobbiamo a Piero Calameandrei che affermava:"Molte professioni possono farsi con il cervello e non con il cuore; ma l'avvocato no! L'avvocato non può essere un puro logico nè un ironico scettico, l'avvocato deve essere prima di tutto un cuore: un altruista, uno che sappia comprendere gli altri uomini e farli vivere in sè; assumere su di sè i loro dolori e sentire come sue le loro ambascie. Per questo amiamo la nostra toga; per questo vorremmo, che quando il giorno verrà , sulla nostra bara sia posto questo cencio nero al quale siamo affezionati, perchè sappiamo che esso è servito ad asciugare qualche lacrima, a risollevare qualche fronte, a reprimere qualche sopruso e soprattutto a ravvivare nei cuori umani la fede, senza la quale la vita non merita di essere vissuta, nella vincente giustizia.

Ringrazio ancora e tanto Fabrizio, mio amico, per il suo impegno, le sue fatiche che, sono convinto, non avverte, per la passione ed attaccamento alla Scuola Forense Aquilana.

Il Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati dell'Aquila
Avv. Carlo Peretti

Si conclude positivamente il XII° corso della Scuola di Formazione Forense, da quest'anno resa obbligatoria per i praticanti iscritti al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di L'Aquila. Bisogna dire, con immenso orgoglio, che la Scuola Forense dell'Aquila ha assunto in questi anni un ruolo rilevante nel panorama Regionale e Nazionale, divenendo un punto di riferimento per la formazione dei giovani.

Se tutto ciò è avvenuto una parte del merito va riconosciuta senza alcun dubbio al Prof. Avv. Fabrizio Marinelli già Presidente della Scuola. Fu proprio il Prof. Marinelli a pensare alla pubblicazione dei quaderni realizzando personalmente il primo numero. Inoltre egli ha mantenuto sempre vivo il legame con la Scuola continuando, nonostante i suoi impegni, nell'insegnamento.

Siamo felici che lui abbia accettato, con il solito entusiasmo, di preparare il 6° quaderno il quale siamo certi, considerato l'argomento trattato, susciterà notevole interesse tra i colleghi e tra i giovani che si avvicinano alla professione di avvocato.

Il Presidente della Scuola di Formazione Forense
Avv. Maurizio Capri

Fabrizio Marinelli
Professore ordinario nell'Università dell'Aquila

IL PROFESSIONISTA TRA LAVORO E IMPRESA

Il contratto d'opera come schema generale del lavoro autonomo (*)

SOMMARIO: 1. La storia del lavoro autonomo tra diritto civile, diritto del lavoro e diritto commerciale. – 2. Il contratto d'opera come schema generale del lavoro autonomo. – 3. La struttura del contratto d'opera. – 4. La rilevanza dell'*intuitus personae*. – 5. La distinzione con il contratto d'appalto. – 6. L'esecuzione della prestazione. – 7. La diligenza del prestatore d'opera. – 8. La responsabilità del prestatore d'opera. – 9. Il corrispettivo: determinazione e modalità di pagamento.

1. *La storia del lavoro autonomo tra diritto civile, diritto del lavoro e diritto commerciale.* – La distinzione classica tra arti intellettuali o liberali (perché proprie degli uomini liberi, in contrapposizione al normale lavoro materiale che era proprio degli schiavi) ed arti meccaniche (proprie del lavoratore artigiano e comunque non imprenditore) viene tradizionalmente ricondotta dai giuristi allo schema del contratto d'opera, operandosi così una unificazione che non sempre corrisponde esattamente alla realtà delle cose.

Il contratto d'opera trova infatti le sue radici nell'istituto romanistico della *locatio* in cui il giurista romano collocava tutte le diverse forme di prestazione di un bene da un soggetto ad un altro, fosse questo un vero e proprio bene (*locatio rei*), o un'attività lavorativa specifica (*locatio operis*) o un'attività lavorativa generica ed indeterminata (*locatio operarum*)[1]. Nella storia del diritto civile il concetto di *locatio* fu elaborato dai glossatori bolognesi, i

(*) Il presente saggio costituisce una prima, provvisoria, elaborazione di parte di un lavoro di maggior ampiezza dedicato al lavoro autonomo.

[1] Sul tema cfr. A. MASI, voce *Locazione (Storia)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano 1974, p. 907 ss.

quali però non riuscirono a liberarsi dell'equivocità di tale figura[2], tanto è vero che la stessa manterrà i suoi caratteri sostanzialmente ambivalenti sino ai nostri giorni, guadagnandosi le varie figure discendenti dalla locazione un posto determinato all'interno dell'ordinamento solo con la codificazione del '42. Una codificazione che, all'interno dell'unificazione tra diritto civile e diritto commerciale, farà emergere in tutta la sua modernità il tipo contrattuale dell'appalto[3], relegando ad un ruolo subalterno i tradizionali schemi del contratto d'opera e del contratto professionale, ed iniziando un percorso che, come si avrà modo di approfondire, spiega i suoi profondi effetti ancora oggi.

In sostanza, si potrebbe dire che dall'albero della *locatio operis* si sono generati i distinti rami dell'appalto, come schema contrattuale funzionale all'impresa, e del contratto d'opera, come tipo contrattuale che costituisce lo schema generale per il lavoro autonomo organizzato in forme non imprenditoriali. Schema generale in parte residuale perché altri tipi contrattuali ne hanno sostituito la funzione regolatrice dei rapporti tra committente ed esecutore di vari servizi specifici (mandato, spedizione, trasporto ecc.), ma schema generale dal quale è comunque indispensabile partire ove si voglia elaborare una nozione unitaria del lavoro autonomo[4]. Infatti, come dalla nozione generale di imprenditore si deve desumere il concetto di impresa, dalla previsione normativa della fattispecie di

[2] Si veda in argomento F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, Milano 1954, pp. 521 ss., e soprattutto P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma - Bari 2006, pp. 106 ss., il quale parla di *volatilizzazione* della locazione, che nel medioevo si decolora in vari contratti atipici, all'interno di quell'ampio fenomeno consistente nel declino dei contratti consensuali in favore dei contratti reali.

[3] Per alcuni riferimenti sull'evoluzione storica dell'appalto cfr. F. MARINELLI, *Il ruolo della colpa nella disciplina dell'inesatto adempimento dell'appaltatore*, in *D. Rubino* II, Napoli 2009, pp. 983 ss.

[4] L'indagine deve muoversi verso la ricerca di una definizione unitaria del lavoro autonomo, ove questa esistesse. Indagine già effettuata dal A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali,* in *Tratt. dir. civ.* Cicu e Messineo*,* Milano1996. Nell'opera l'Autore si chiede se «la collocazione (e la stessa previsione) del cosiddetto lavoro autonomo nel libro V del codice civile, con la sua scarna regolamentazione (i sette articoli relativi al contratto d'opera), costituisca più il frutto di una precisa operazione ideologica ed estetica – *l'èsprit de gèometrie* di un legislatore illusionista, entro la cornice delle superiori armonie dell'ordine corporativo – che il sincero portato normativo della realtà economico sociale sottostante». Sulla residualità del contratto d'opera si veda anche G. GIACOBBE - D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera,* in *Cod. civ., Commentario* Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, II ed., Milano 2009, pp. 1 ss. Gli Autori notano come il rapporto di lavoro si sia distaccato dallo schema originario della locazione in considerazione del particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro, considerato come attività personale volta alla produzione e alla piena realizzazione delle persona umana. In tal senso mi permetto di rinviare a F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, Bari – Roma, 2009, p. 198 ss.

prestazione d'opera quale forma produttiva di beni e servizi in forma non imprenditoriale deve desumersi la figura di lavoratore autonomo e, di conseguenza, il concetto di lavoro autonomo.

Il lavoro è un elemento ben presente al giurista antico il quale, sulla constatazione dell'esistenza degli schiavi intesi esclusivamente come merce e non come persone, non lo considerava un valore nel senso che noi oggi attribuiamo all'espressione «lavoro», ma non per questo lo esclude dalla sua riflessione, a tratti assai profonda.

Le modalità di espressione di questa attenzione possono peraltro seguire itinerari diversi, di cui è opportuno dar conto preliminarmente perché sono proprio tali itinerari a permettere nel corso dei secoli un affinamento della nozione di lavoro che si snoda da un profilo contrattuale, volto ad approfondire il fondamento negoziale dell'accordo tra datore di lavoro e prestatore d'opera, ad un profilo ricostruttivo, che tende a separare il lavoro subordinato, perno della società industriale moderna, dalle altre forme di lavoro autonomo, ed infine ad un profilo economico, che individua e privilegia la nozione di impresa e nel distinguere il lavoro dell'imprenditore da quello del non imprenditore elabora in tale ottica i modelli più antichi e, quando necessario, ne conia di nuovi[5]. In proposito, l'indagine deve seguire gli itinerari che portano all'origine del contratto d'opera nella formulazione dell'art. 2222 c.c., poiché, come già detto, proprio il contratto d'opera costituisce lo strumento scelto dal legislatore del 1942 per configurare il modello di lavoro autonomo. In tal senso occorre preliminarmente osservare che l'origine della prestazione d'opera autonoma come fattispecie distinta dall'appalto si ritrova nelle Bozze provvisorie di codice civile dell'aprile 1941, dove si configura una nozione di contratto d'opera che si differenzia dalla attuale per il richiamo alla gestione a proprio rischio della realizzazione della prestazione e per l'assenza di considerazioni sul vincolo di subordinazione.[6]

[5] Tali itinerari ricostruttivi, sebbene risalenti nella dottrina giuslavoristica e commercialistica, sono stati riproposti, sotto il nome di "traiettorie disciplinari dell'indagine", abbastanza recentemente, ed in modo organico, da A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., pp. 9 ss..

[6] Con riferimento al contratto di appalto, come rilevato da M. C. CERVALE, *Commento sub art. 1655,* in *Cod. civ. Commentario* Cendon, Milano 2008, p. 15, «appare opportuno evidenziare come l'inciso "organizzazione dei mezzi necessari" è nuovo rispetto al progetto ministeriale del 1940, secondo il quale: *Il contratto di appalto è quello per il quale uno dei contraenti assume, con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio contro un corrispettivo che l'altro si obbliga a pagare (art. 600).* Il successivo riferimento all'organizzazione economica accentua l'incidenza del rischio dell'imprenditore, servendo anche quasi "per mettere in mora l'assuntore nel senso che non deve egli, a cuor leggero, assumere qualunque intrapresa, ma deve commisurare l'importanza dell'appalto alla sua potenzialità tecnica (Vitale 1947, 366)"».

Individuata l'origine del concetto di lavoro autonomo nella separazione del contratto d'opera dal contratto di appalto, l'analisi deve poi rivolgersi ai profili inerenti il rapporto tra l'atto e il soggetto qualificato che lo realizza, in quanto la distinzione tra il contratto d'opera e l'appalto si fonda tradizionalmente sull'essere l'esecutore del lavoro un imprenditore o meno e dunque proprio in questo senso andrà verificata l'incidenza delle caratteristiche del lavoro (personale o imprenditoriale) sul tipo contrattuale[7]. In particolare la tesi che si vorrebbe ricostruire consiste nel tener ben separate le caratteristiche del lavoro autonomo dall'impresa, sottolineando le ragioni storiche ed economiche che hanno portato ad una evoluzione difforme tra i contratti d'opera e di prestazione professionale e quelli caratterizzati in senso imprenditoriale, primo tra tutti l'appalto d'opere e l'appalto di servizi. Da un lato, infatti, l'appalto discende anch'esso dalla *locatio operis*, che solo in tempi moderni si qualifica sempre di più come contratto d'impresa, nel senso di venire applicato a logiche imprenditoriali di varia natura, che si andavano sviluppando negli anni del tumultuoso sviluppo capitalistico; dall'altro il contratto d'opera, marginalizzato dalla propria dimensione artigianale (che comunque gli assicura rilievo economico e sociale almeno sino alla metà degli anni cinquanta del Novecento), riceve nuovo vigore dallo sviluppo delle libere professioni, sia quelle tradizionali sia quelle più moderne, che riescono ad estendere la prestazione di servizi ad un'economia che negli ultimi decenni individua nella dematerializzazione[8] e nella dimensione esclusivamente finanziaria dei mercati un punto fermo dello sviluppo.

Una analisi siffatta della struttura del contratto d'opera permette tra l'altro di utilizzare ai fini della presente ricerca gli strumenti logici sia del

[7] Mi permetto di rinviare a F. MARINELLI, *Il tipo e l'appalto*, Padova 1996, soprattutto il primo capitolo.

[8] Al fine di approfondire gli effetti della dematerializzazione sulla prestazione lavorativa si veda M. MARTONE, *Contratto di lavoro e beni immateriali,* Padova, 2002. Si veda, inoltre, per avere una visione più generale dell'argomento: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo lo schema italo – comunitario delle fonti,* Napoli 2006, p. 906 ss.; F. Galgano, *Lex mercatoria,* Bologna 2001, pp. 229 ss.; da ultimo, ancora F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto,* Bologna 2005, pp. 13 ss. In giurisprudenza, la Cass. civ., 30 novembre 2011, n. 25569, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 11, p. 1698, ha rilevato come «In tema di contratto di mutuo, l'ordine, proveniente da un istituto bancario, di versare una somma determinata a un terzo, realizzato mediante un mandato emesso sulla propria cassa, cui segua un "atto di quietanza finale di mutuo fondiario", integra il perfezionamento del contratto di mutuo, atteso che il requisito della realità, proprio di tale tipologia contrattuale, può essere integrato anche mediante il conseguimento della disponibilità giuridica della cosa, come si è verificato con l'ordine predetto, piuttosto che con la sua consegna in natura, in considerazione del crescente ricorso alla dematerializzazione dei valori mobiliari ed alla loro sostituzione con annotazioni contabili».

diritto civile, sia del diritto commerciale, sia del diritto del lavoro, dimostrandosi in tal modo come l'elaborazione interdisciplinare degli istituti del diritto privato sia capace di raggiungere risultati particolarmente aderenti alla realtà economica e sociale che il contratto d'opera esprime.

L'evoluzione del tipo tende ad una sempre maggiore specializzazione, per cui si assiste da un lato ad un fenomeno di emersione del tipo attraverso la tipicità sociale e quindi la tipicità legale, e dall'altro alla scomparsa di quei tipi contrattuali che si dimostrano non più attuali, ovvero non coerenti con le esigenze economiche contemporanee[9]. Il suddetto fenomeno riflette la tendenza ad individuare nella causa negoziale non più una funzione sociale, ma una funzione individuale. In quest'ottica di specializzazione, le figure generali tendono ad essere tralasciate nella pratica degli affari, e tuttavia svolgono quanto meno una funzione residuale[10], individuabile nella capacità di intercettare quelle fattispecie contrattuali che non rientrano in alcuna figura tipica[11]. Chiarito il rapporto tra figure generali e speciali, si deve rilevare che un ulteriore problema è poi quello di verificare se la disciplina sul contratto d'opera può essere applicata anche ai quei contratti tipici (sia socialmente sia legislativamente) che comunque potrebbero rientrare nello schema di tale contratto: la disciplina generale sul contratto contenuta nel codice del '42, estremamente favorevole alla libertà contrattuale, farebbe propendere per una soluzione positiva[12]. In tal senso, occorre comunque orientarsi verso la valutazione della coerenza della regola giuridica generale con la funzione economica e sociale specializzante. In altri termini, occorre valutare la coerenza delle regole giuridiche sul contratto d'opera con il contesto delle operazioni economiche previste dalle singole fattispecie particolari.

Peraltro, sin dagli anni settanta del Novecento, si manifesta il fenomeno della decodificazione, intesa come regolazione di alcuni istituti del

[9] Cfr. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova 1974.

[10] Se si fa particolare riferimento al contratto d'opera si esprime per la residualità della fattispecie A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali,* cit., p. 7.

[11] Si deve considerare, con G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico,* cit., p. 7, che la tipicità contrattuale è funzionale ad individuare il legame che intercorre tra la regola e il rapporto giuridico, l'«inserirsi della regola in una operazione economica, la quale nella sua integrità forma oggetto di valutazione da parte dell'ordinamento statuale». Si veda inoltre, come nota G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale,* cit., p. 3, anche «la tendenza degli interpreti a dirimere le controversie in materia contrattuale riconducendo ogni contratto, con un procedimento di tipizzazione, negli schemi dei contratti nominati».

[12] In senso favorevole alla tesi esposta F. SANTORO PASSARELLI, *Opera (contratto di)*, in *Noviss. Dig. It.,* XI, Torino 1965, p. 982. In senso contrario, G. GIACOBBE, *Lavoro Autonomo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, p. 429.

diritto civile al di fuori del codice civile[13]. Un fenomeno che produce effetti anche nella materia trattata, in quanto spostare il baricentro del diritto civile, in determinati rapporti, al di fuori del codice, indebolisce la trama sistematica che, elaborata dalla dottrina, era stata trasposta dal legislatore nel codice del '42. Ed a tale indebolimento corrisponde una maggiore autonomia e libertà delle singole partizioni del diritto privato, che perdono lo schema unificante del codice e si autodeterminano in modo del tutto indipendente dal sistema. Di conseguenza il diritto commerciale o il diritto del lavoro acquistano delle marcate caratteristiche loro proprie. Il fenomeno è di tutta evidenza: si pensi allo statuto dei lavoratori o alla disciplina delle società quotate in borsa. E tuttavia la decodificazione, che nasce come esigenza di favorire l'autonomia contrattuale, di liberare l'operatore economico dalle strette maglie della disciplina codicistica, di potenziare il dialogo con esperienze giuridiche straniere, finisce poi per regolare, sia pur al di fuori del codice, questi fenomeni con maggiore facilità, utilizzando leggi ordinarie che, sulla spinta di esigenze contingenti quanto non addirittura occasionali, appaiono non sempre coerenti con l'ordinamento codicistico, come ad esempio nel caso della subfornitura. In questo senso, si perde l'unità del diritto civile che finisce per modellarsi funzionalmente alle differenti istanze di cui determinati gruppi sociali organizzati sono portatori. Inoltre, con l'unità del sistema, il diritto civile perde anche l'impronta egalitaria conquistata attraverso le elaborazioni illuministe, affermatesi con la rivoluzione francese, per dare attenzione ad applicazioni soggettive del diritto. Ed infatti, la regola giuridica non è più diretta ad enunciare la disciplina uniforme di un determinato istituto giuridico, ma, al contrario, descrive le differenti fattispecie che si generano nel rapporto tra un istituto giuridico e le categorie cui lo stesso si applica (si pensi, ad esempio, ai contratti del consumatore).

In considerazione di ciò, può ritenersi che la funzione d'istituti tanto residuali quanto generali, come il contratto d'opera, potrebbe essere proprio quella di recuperare e assicurare la coerenza complessiva dell'ordinamento giuridico, garantendo il collegamento dei *corpus* normativi autonomi con il codice. Il contratto d'opera sarebbe dunque configurabile come un negozio bilaterale a prestazioni corrispettive (la prestazione di un'opera o di un servizio verso il pagamento di un corrispettivo), la cui conformazione tipologica si costruisce nella complessità e molteplicità delle fasi che portano alla realizzazione dell'opera; fasi caratterizzate dalla centralità dell'attività lavorativa prevalentemente personale del prestatore e dalla attenzione delle norme alla tutela dell'interesse del committente. In tale ottica, il contratto d'opera potrebbe acquisire nuova linfa nello svolgersi delle prestazioni

[13] La fortunata espressione appartiene a N. IRTI, *L'età della decodificazione*, III ed., Milano 1989.

lavorative derivanti dalle cosiddette "nuove professioni"[14], un settore che vede rinascere la prestazione lavorativa autonoma (soprattutto intellettuale). Un settore che pone l'economia e il diritto davanti alla scelta tra forme di lavoro autonomo o forme di lavoro subordinato, in quanto l'applicazione dell'uno o dell'altro modello determina l'andamento stesso dell'economia e del profitto, essendo la scelta determinante ai fini dell'attribuzione del diritto di proprietà sull'invenzione[15]. In questo senso, «la libertà economica diventa libertà politica; l'economia sovrasta la politica, e al libero consenso degli

[14] Gli ultimi anni si caratterizzano per una profonda, radicale trasformazione della realtà economica in seguito alle novità generate dalla "rivoluzione" tecnologica e dall'utilizzo delle nuove tecnologie. Come rileva M. MARTONE, *Contratto di lavoro e beni immateriali,* cit.*,* pp. 6 ss., sono cambiate categorie economiche, modi della produzione , mondo del lavoro, stile di vita delle persone. «Si è, così, passati dall'egemonia del codice tecnico – scientifico della meccanica (unilineare e seriale) a quello della cibernetica (interattiva, pluridimensionale, ubiqua); dalla vecchia economia, pesante e materiale, alla nuova, leggera, immateriale, costruita intorno al *bit*». Tutto ciò consente di mettere in rilievo «la centralità del lavoro dell'uomo, anzi del suo ingegno, nello sviluppo della nuova economia […]». Le invenzioni che l'uomo genera attraverso l'ingegno sono, in sostanza, una fonte di produzione della ricchezza e le modalità di acquisto dei diritti di utilizzo delle invenzioni stesse riveste importanza per il tessuto economico. Infatti, «per acquisire i diritti di utilizzazione economica in via esclusiva su queste *new properties*, le imprese possono rivolgersi agli autori, a seguito della creazione, oppure possono organizzare, mediante contratti di lavoro, l'attività creativa altrui. Nel primo caso, il costo dei diritti di utilizzazione economica sarà moto elevato, in quanto determinato in base al valore di mercato del bene creato, nel secondo caso, invece, sarà, di regola, inferiore perché corrispondente alle retribuzioni corrisposte in forza del contratto».

[15] Come notato da M. MARTONE, *Contratto di lavoro e beni immateriali,* cit., pp. 8 ss., da un lato le nuove tecnologie hanno trasformato alcune espressioni della personalità in oggetto di utilizzazioni matrimonialmente rilevanti e, poiché fanno emergere nella realtà, «anche in relazione alla posizione delle parti del contratto di lavoro, interessi diversi all'utilizzazione economica di queste manifestazioni della personalità, si avverte l'esigenza di individuare il possibile punto di equilibrio tra le esigenze soddisfatte dalla tradizionale tutela delle prerogative della persona e le nuove esigenze di una possibile utilizzazione economica da parte di chi organizza la prestazione»; dall'altro, oltre a generare nuove forme di prestazione dell'attività lavorativa, impongono una riflessione in merito al rapporto tra attività creativa e contratto di lavoro, con particolare riferimento al concetto di *new properties*. Infatti, l'interesse delle imprese è quello di acquisire «i diritti di utilizzazione economica dei risultati dell'ingegno umano e di quelle manifestazioni della personalità che, caratterizzate dall'immaterialità, possono liberamente circolare sul web anche a pagamento e sono, quindi, divenute beni trasferibili, possibile punto di riferimento oggettivo di negozi di disposizione, sempre maggiormente remunerativi. Per acquisire i diritti di utilizzazione economica in via esclusiva su queste *new properties,* le imprese possono rivolgersi agli autori, a seguito della creazione, oppure possono organizzare, mediante contratti di lavoro, l'attività lavorativa altrui». Nel primo caso, il costo da sostenere da parte dell'impresa sarà il valore di mercato dell'invenzione; nel secondo caso, invece, l'impresa sosterrà le retribuzioni dovute in base al contratto di lavoro subordinato e beneficerà del valore di mercato dell'invenzione.

uomini non spetta più stabilire i fini della società […]. Il mercato assume il ruolo istituzionale di organizzatore di relazioni sociali e di re-distributore della ricchezza e i grandi gruppi economici, che svolgono la funzione di "governo privato" della società, si prestano alla cooperazione e alla sponsorizzazione compatibili con il loro egoismo, ma niente affatto disponibili e a forme di sincera solidarietà»[16]. Le prospettive della ricerca, dunque, si allargano ed includono l'ambito del lavoro nella sua complessità.

Sotto il profilo della distinzione tra il lavoro autonomo ed il lavoro subordinato la ricostruzione storica appare di scarso aiuto, in quanto sino al Novecento ci si sofferma prevalentemente sugli elementi differenziali rispetto al contratto di vendita: è l'oggetto del negozio a venire in discussione, differenziandosi il lavoro autonomo dalla compravendita con riferimento al risultato del lavoro, specie quando la materia del bene da realizzare viene somministrata dall'artefice[17]. Il che si spiega con la risalente ambiguità della figura dell'artigiano, che spesso è anche venditore dei beni prodotti. Se in questa ottica non appare ancora delineabile la figura del prestatore autonomo, successivamente – anche grazie alla riflessione di Ludovico Barassi, risalente a cento anni fa[18] – si arriverà a considerare che il lavoro autonomo si caratterizza per l'accentramento della gestione del lavoro e per il rischio contrattuale, elementi che gravano su colui che realizza l'opera e che, al contrario, non gravano sul lavoratore subordinato. In seguito, la dottrina ha avuto modo di insistere sul carattere non duraturo del contratto d'opera, a differenza della tendenziale durata del contratto di lavoro subordinato, per giungere, soprattutto attraverso la civilistica tedesca[19], ad

[16] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo – comunitario delle fonti,* Napoli – Roma 2006, p. 475.

[17] In questo senso A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 13.

[18] L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I, Milano 1915, pp. 640 ss.

[19] In questo senso A. PERULLI, *Il lavoro autonomo,* cit., pp. 16 ss., secondo il quale «il concetto giuridico del lavoro indipendente rileva, agli occhi degli interpreti, in quanto forma antitetica della locazione di opere, da individuare vuoi in base alla natura del lavoro prestato – da cui, ad esempio, la criticata distinzione di origine tedesca tra *Akkordvertrag* (lavoro a cottimo, autonomo) e *Zeitlohnvertrag* (lavoro a tempo, subordinato) – ovvero in ragione della costituzione economica del rapporto, vale a dire del modo col quale le parti considerano il lavoro nei due rispettivi contratti; od ancora in base all'oggetto dell'obbligazione, suscettibile di diverse prospettazioni dogmatiche (dalla contrapposizione tra contratto di attività (*Tatigkeitsvertrag)* e contratto di risultato (*Erfolgsvertrag)* a quella fra obbligazioni di mezzi e di risultato. Il lavoro autonomo, in sostanza, riassume l'idea di *redemptor*: di colui che, dominando la tecnica, si assume il lavoro (normalmente di più committenti contemporaneamente), lo dirige, ne sopporta il *periculum* rispondendo della *bonitas operis;* così adempiendo ad una precisa funzione economica di scambio, senza con ciò dover svolgere quell'altra funzione di interposizione tra fattori della produzione e consumo, propria dell'*imprenditore* (in senso tecnico)».

identificare la differenza nel diverso modo, da parte dei contraenti, di considerare il lavoro quale oggetto dell'obbligazione.

In questa direzione, comunque, anche il pensiero giuslavoristico successivo al codice del 1942 non sembra andare oltre la tradizionale distinzione tra autonomia e subordinazione e solo recentemente l'incrinarsi della tradizionale compattezza della figura del lavoro subordinato appare aver aperto alcune prospettive innovative. Da un lato, infatti, il lavoro subordinato si decolora nella parasubordinazione[20], dall'altro il lavoro autonomo si struttura in modelli organizzativi di integrazione verticale che danno vita ad assetti economici assai vari e diversificati, come il *franchising* o l'*outsourcing*[21]. La fine della grande impresa industriale e la globalizzazione dei mercati incrina la compattezza del concetto stesso di lavoro subordinato[22],

[20] G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Milano 1979. Come è noto il legislatore, nella formulazione dell'art. 409, n. 3, c.p.c., ha inteso estendere le norme sul rito del lavoro, giustificate da particolari esigenze di tutela, ai rapporti lavorativi che, pur non rientrando nella categoria della subordinazione, si identificano come «rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato». Per un'ampia disamina delle questioni relative al lavoro parasubordinato, anche nel rapporto con le norme regolanti il lavoro autonomo, si rinvia a A. VALLEBONA – M.C. CATAUDELLA, *Lavoro parasubordinato,* in *Il diritto*, *Enc. giur. Sole 24 Ore,* Milano 2007; G. SANTONO PASSARELLI, *Diritto dei Lavori,* Torino 2009.

[25] Sul punto cfr. F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising. La nuova legge sull'affiliazione commerciale. Le norme antitrust europee*, Padova 2004. In giurisprudenza, la Cass. civ., 15 gennaio 2007, n. 647, in *Giust. civ.,* Mass. 2007, 6, ha chiarito come «in materia di franchising , rimanendo il *franchisor* ed il *franchisee* soggetti autonomi e distinti tra loro, il primo non può direttamente richiedere a un debitore del secondo il pagamento di un credito del medesimo, né la comunicazione scritta (nel caso, lettera) indirizzatagli a nome e per conto di quest'ultimo può valere ad interromperne la prescrizione». In tal modo, la Suprema Corte di Cassazione ha chiarito che il contratto di *franchising*, pur ricostruendo un modello di collaborazione volto ad instaurare una forte integrazione verticale tra *franchisor* e *franchisee,* considera gli stessi soggetti autonomi. M. PELLICELLI, *L'outsourcing e l'offshoring nell'economia dell'impresa*, Torino 2009.

[22] Nella sua recente opera, P. ICHINO, *Inchiesta sul lavoro. Perché non dobbiamo avere paura di una grande riforma,* Milano 2011, pp. 55 ss., ha sostenuto come il lavoro sia sempre più diviso e come il confine tra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo assuma colori sempre meno netti. L'Autore ha descritto l'avvento di un fenomeno globale che comporta la scomparsa del diritto del lavoro per le nuove generazioni. «Ci sono interi settori, come l'editoria, le case di cura, l'edilizia, nei quali ormai le assunzioni con rapporto di lavoro regolare sono rare eccezioni: le altre sono tutte in forma di collaborazione autonoma, col rapporto di lavoro a progetto se va bene, altrimenti con l'apertura della partita IVA, come se fossero tutti liberi professionisti, o in altre forme spurie. Anche negli altri settori, dove questo non accade in modo così sistematico, l'impresa di fatto può decidere se assumere il nuovo dipendente in modo regolare o come collaboratore autonomo: questo ormai fa parte della nostra cultura diffusa […]». Inoltre, nel citato saggio si sostiene la fuga dal diritto del lavoro quale fenomeno che, a partire dalle crisi della seconda metà degli anni

ritenuto troppo stabile e dunque troppo tutelato: ovvero, in estrema sintesi, troppo costoso. Da qui una sostanziale interazione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo che sfuma le differenze sotto il profilo giuridico, e che sotto il profilo economico rompe l'eccessiva stabilità del lavoro subordinato degrandolo a forme di collaborazione che nella sostanza mantengono le caratteristiche della subordinazione, ma nella forma si rivestono di strutture negoziali caratterizzate dall'autonomia. La realtà dei rapporti di lavoro, che fino agli anni settanta era conformata su norme che rendevano chiara la distinzione tra il lavoratore subordinato, inteso anche come soggetto debole, e il lavoratore autonomo, subisce l'effetto della *new economy:* di conseguenza, il confine tra l'autonomia e la subordinazione diventa molto sottile e «viene meno la funzione essenziale del diritto del lavoro, quella di garantire a tutti i lavoratori dipendenti uno standard minimo di trattamento»[23]. Inoltre, la figura del prestatore di lavoro subordinato, individuata dall'art. 2094 c.c. in «chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore», subisce l'effetto dei *corpus* normativi posti al di fuori del codice civile stesso e, di conseguenza, non è più configurabile né un'unica definizione di lavoro subordinato né, tantomeno, un'unica definizione di lavoratore subordinato. Si può dunque affermare che la post-modernità configura i lavori subordinati e i lavoratori subordinati come modelli derivanti dalla contaminazione tra le figure distinte di *locatio operis* e *locatio operarum,* in origine nettamente distinte. La purezza delle distinzioni si stempera nelle esigenze dell'economia di mercato.

Sotto il profilo del diritto commerciale occorre verificare la distinzione tra impresa e lavoro autonomo; un itinerario articolato, poiché la nozione di impresa, dopo essersi affermata nella tradizione del diritto continentale europeo, ha conosciuto, grazie alla diffusione della normativa comunitaria, un'espansione che appare contrastare con alcuni principi in passato abbastanza pacifici. Il concetto di impresa, pur se ambiguamente risalente alle antiche elaborazioni del diritto commerciale, è in realtà introdotto tra le categorie giuridiche attraverso il codice di commercio francese del 1808, all'interno del quale si fa riferimento ad una nozione restrittiva, perché limitata ai settori dell'industria e dei servizi, e legata al concetto di atto di commercio, perché comprensiva delle attività

Settanta, ha generato l'elusione del diritto del lavoro con riferimento a molti rapporti di lavoro subordinato.

[23] Così P. ICHINO, *Inchiesta sul lavoro. Perché non dobbiamo avere paura di una grande riforma, op. cit.,* p. 57, il quale sostiene anche che le norme regolanti il mercato del lavoro italiano generano un ampio numero di «*peripheral workers*» costituito dai cosiddetti lavoratori parasubordinati, dai collaboratori continuativi autonomi (ai quali è imposta l'apertura della partita IVA), dagli stagisti, tutte figure che svolgono le stesse funzioni di un lavoratore subordinato, ma che hanno una veste giuridica del tutto differente.

commerciali, bancarie, assicurative (con l'esclusione dell'attività agricola)[24]. E tale concetto di impresa rimane sostanzialmente immutato, nella sua configurazione legata al diritto commerciale, nonostante la trasformazione della società dovuta all'avvento del capitalismo industriale.

La codificazione del 1942, mediante la quale si attuò l'unificazione del diritto commerciale e del diritto civile in una prospettiva che vede nell'impresa il mezzo di creazione e conservazione della ricchezza[25], determina una svolta ben sintetizzata da Francesco Galgano[26], il quale rileva che «alla figura del commerciante, inteso come speculatore», il codice vigente «sostituisce la figura dell'imprenditore, inteso come produttore» (art. 2082). Il codice vigente introduce la distinzione dell'attività imprenditoriale dalle altre forme di prestazione d'opera sulla base di un criterio che si fonda sul dato dell'organizzazione (del lavoro altrui, del capitale e dei mezzi della produzione) finalizzata alla produzione; in tale ottica l'imprenditore è il soggetto che organizza gli strumenti, i mezzi ed il lavoro utili alla produzione.

2. *Il contratto d'opera come schema generale del lavoro autonomo.* A questo punto si può rilevare come dalla citata distinzione tra impresa e prestazione d'opera autonoma discenda la differenza degli schemi giuridici da applicare nella regolazione dei rapporti tra il committente e il realizzatore dell'opera: il contratto di appalto, come schema funzionale all'attività di impresa, e il contratto d'opera come schema funzionale al lavoro autonomo. Tuttavia, trascorsi più di sessanta anni dall'entrata in vigore del codice civile, la

[24] Una più approfondita analisi dell'argomento può essere ritrovata nelle pagine di F. GALGANO, *Lex mercatoria,* cit., pp. 211 ss., il quale rileva ulteriormente che nel «primitivo concetto di impresa, restrittivo e subordinato ad un sovrastante concetto di atto di commercio, si riflette per un verso uno stadio dell'economia ancora definibile come capitalismo commerciale , nel quale è il commercio, e non l'industria, il fattore propulsivo dello sviluppo economico […]. Per altro verso questo primitivo concetto di impresa riflette una concezione mercantile della stessa attività industriale: l'imprenditore non è solo l'appaltatore o il commissionario del commerciante solo per lo specifico oggetto del suo commercio. Il concetto di impresa entra nel mondo delle categorie giuridiche […] per designare […] l'attività di intermediazione o di speculazione sul lavoro».

[25] Al fine di meglio approfondire l'accennato argomento mi permetto di rinviare a F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile,* cit., pp. 170 ss..

[26] F. GALGANO, *Lex mercatoria,* cit., p. 215, il quale rileva anche che con il codice civile italiano del 1942 «muta il rapporto di genere a specie: l'imprenditore non è più una specie del genere commerciante, qualificata dal fatto di essere uno speculatore sul lavoro; è il commerciante che diventa una specie del genere imprenditore (art. 2195, n. 2), qualificata dal fatto che l'attività commerciale è, essa stessa, attività produttiva in quanto accresce l'utilità di beni preesistenti, mediante la loro distribuzione al mercato del consumo».

prospettiva appare mutata; in particolare, l'idea che sembra ormai essere divenuta dominante consiste nel ritenere che la qualificazione dello schema giuridico utilizzato vada elaborata con riferimento al bene o servizio prodotto, con la conseguenza che a parità di tali beni o servizi la disciplina della produzione o dello scambio debba essere unificata. E se ciò discende dall'esigenza di livellare le situazioni di partenza dei produttori, al fine di rendere il più possibile simmetrica la concorrenza, da un altro punto di vista tale processo unifica situazioni non comparabili; ad esempio, prevedendo una disciplina unitaria per i fornitori di servizi che possono essere imprenditori, ma anche liberi professionisti. L'ottica del legislatore tende a raggiungere gli standard europei che mirano alla creazione di un mercato pienamente concorrenziale e che, a tal fine, individuano dei principi adatti a garantire ottimali standard di concorrenza[27]. In particolare, l'opinione dominante ritiene che il miglior mercato si ottiene attraverso la concorrenza e che la concorrenza si ottiene garantendo l'equilibrio delle posizioni nel mercato; un equilibrio che si realizza pienamente, da un lato, rendendo identica la posizione nel mercato di produttori e fornitori di servizi e, dall'altro, tutelando la libertà di scelta (consapevole) del consumatore, anche garantendo il corretto comportamento dei professionisti.

La elaborazione legislativa europea ha così configurato le nozioni dei consumatori e dei professionisti[28], generando classi nelle quali sono sussunte molteplici e differenti figure, proprio al fine di creare delle categorie ordinanti utili a perseguire i citati fini di riequilibrio, la prima, e a raggiungere elevati *standard* di correttezza professionale, la seconda.

Nell'ottica appena esposta, si perdono quelle differenze classificatorie che avevano caratterizzato la storia del diritto civile moderno; persino il

[27] Il tema concorrenza è fin troppo ampio per essere compiutamente sviluppato in queste pagine. Quindi, si rimanda alla pagine di M. LIBERTINI, *Concorrenza,* in *Enc. dir.,* III, Milano 2010. In questa sede è opportuno precisare che da un punto di vista storico il concetto di concorrenza si sviluppa al fine di garantire che il funzionamento del mercato sia fondato sulla libertà ingresso e di contrattazione. L'art. 3 del Trattato UE, nella formulazione del Trattato di Lisbona, stabilisce che l'Unione «si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente».

[28] Come notato da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo – comunitario delle fonti,* cit., pp. 495 e 496, «La *lex mercatoria* del diritto comunitario (realtà ben diversa dalla *lex mercatoria* desumibile, ad esempio, dalla sintesi degli arbitrati del commercio internazionale) si sta sempre più orientando verso la tutela dell'impresa e ad un tempo del consumatore, proteggendo questi non soltanto in via indiretta rispetto all'impresa ma, su un piano di parità, invocando tanto la concorrenza corretta, leale, quanto la correttezza dell'impresa direttamente nei confronti del consumatore».

dibattito che per un ventennio ha affaticato la dottrina civilistica e commercialistica circa la possibilità (sempre negata dalla giurisprudenza[29]) di svolgere l'attività professionale in forma societaria viene ribaltato, ed i professionisti vengono assimilati all'impresa negli aspetti più propriamente corporativi, quali l'eliminazione di situazioni di solo apparente privilegio (il numero chiuso o controllato, l'inderogabilità dei minimi tariffari), mentre mantengono le caratteristiche che appesantiscono i doveri del professionista (ad esempio l'esigenza di una qualificazione acquisita e mantenuta nel tempo, la necessità di una particolare etica e dunque di penetranti controlli deontologici). Per cui, paradossalmente, la situazione del professionista autonomo (ovviamente in termini generali) cui veniva riconosciuta, per motivazioni tanto storicamente tradizionali quanto complessivamente giustificate, una condizione di privilegio, perde tale condizione senza poter però giovarsi di quegli strumenti giuridici ed economici che attengono all'impresa.

Tale evoluzione potrebbe comunque portare a ritenere che la struttura del contratto d'opera non si modifichi a seguito dei mutamenti evidenziati, ma non è così. Infatti il tipo del contratto d'opera, come modello descrivente il lavoro autonomo in forme non imprenditoriali, emerge e si distacca dall'appalto, fattispecie prevista per l'attività imprenditoriale, proprio in ragione della distinzione tra le figure dell'imprenditore e del lavoratore autonomo. La post-modernità, per effetto delle elaborazioni derivate dal livello europeo e dalla prassi dei mercati, tende ad unificare le distinte categorie di lavoratore autonomo e imprenditore in quella comune del professionista; di conseguenza, il diritto commerciale potrebbe dirigersi verso una nuova formulazione delle fattispecie ricomprese nella romana *locatio operis*.

Alla luce delle considerazioni svolte si può affermare come gli itinerari ricostruttivi proposti dimostrino ampiamente l'esistenza, ancora oggi, di un quadro normativo che prevede al suo interno un paradigma unitario del lavoro autonomo non assimilabile alla dimensione imprenditoriale.

Lo schema che il legislatore ha inteso valorizzare in relazione al lavoro autonomo è proprio quello del contratto d'opera, che nel codice del 1942 viene a specializzarsi attraverso l'emersione di contratti tipici quali il trasporto ed il deposito da un lato, e il mandato, la commissione, la spedizione e la mediazione dall'altro. I primi si differenziano dal contratto d'opera perché oggetto di una disciplina specifica; i secondi, invece, in qualche misura si avvicinano al rapporto di lavoro libero professionale.

[29] Per una rassegna di giurisprudenza, sia pur datata, sul tema si veda F. MARINELLI, *L'esercizio in forma societaria dell'attività professionale tra realtà normativa e prospettive di riforma*, in *Dir. impr.*, 2, 1987, p. 241.

Da queste conclusioni, peraltro, discendono alcuni importanti corollari: in primo luogo, una netta distinzione tra attività autonoma e impresa; in secondo luogo, l'elaborazione di una disciplina diversa per i casi in cui colui che esegue la prestazione lavorativa sia o meno imprenditore; in terzo luogo, la dicotomia del lavoro tra l'autonomia e la subordinazione[30].

Ciò detto, merita in conclusione di essere analizzata l'evoluzione legislativa successiva al codice del '42.

In tal senso, si può preliminarmente affermare che la sopravvivenza del contratto d'opera nella sua attuale configurazione sarà possibile esclusivamente se nella prestazione autonoma continuerà ad avere maggior rilevanza il valore dell'attività lavorativa del prestatore rispetto al bene o servizio realizzato e commercializzato. Tutto ciò, all'interno di sistemi giuridici che, progressivamente, dotano la persona giuridica degli stessi diritti economici della persona fisica e che, inoltre, sono caratterizzati dalla assoluta prevalenza di organismi (le *corporations*) aventi come unico scopo la ricerca del massimo profitto, attraverso modalità molteplici che prevedono anche il tentativo di influenzare la produzione legislativa degli stati.

La presente indagine avrà dunque lo scopo di andare oltre l'analisi economica del diritto, considerando anche motivazioni e questioni slegate dal profitto e dagli indici di andamento dell'economia; considerando, in sostanza, come «persona umana, diritti inviolabili, doveri inderogabili e l'unità di questi diritti e doveri compongono lo *status personae,* inteso quale immutabile configurazione soggettiva di un valore»[31].

3. *La struttura del contratto d'opera.* – La norma che descrive i contorni dell'istituto oggetto di esame è l'art. 2222 c.c. che, più che fornire la definizione di un tipo contrattuale, identifica una situazione di fatto e stabilisce che *quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV*.

La definizione normativa consente di riflettere sulla collocazione sistematica del contratto d'opera, istituto disciplinato nel libro V del codice civile, dedicato al lavoro. Tale aspetto rispecchia l'esigenza, posta in evidenza anche nella Relazione al codice civile[32], di tutelare il lavoro in tutte le sue

[30] In proposito occorre notare quanto già detto *sub* nota 16, poiché il dato di fatto che vede un gran numero di lavoratori collaborare all'attività di impresa come autonomi ha affievolito la dicotomia tra subordinati e autonomi.

[31] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo – comunitario delle fonti,* cit., p. 534.

[32] Nella *Relazione al Codice Civile,* 913, si legge che «Il titolo sul lavoro nell'impresa è integrato dai due titoli seguenti che considerano il lavoro indipendentemente dall'organizzazione ad impresa. L'integrazione era necessaria, poiché l'ordinamento

manifestazioni. Di conseguenza – come è stato notato[33] – la lettura sistematica delle disposizioni regolanti il contratto d'opera rende chiara «la volontà di creare un meccanismo unitario attraverso il quale si articola la disciplina del rapporto di lavoro autonomo», in un'ottica che, superando lo schema della locazione[34], attribuisce al lavoro la dimensione valoriale[35] che

fascista considera suo vanto tutelare ogni espressione del lavoro, comprese quelle forme di lavoro che, per non avere carattere professionale o per la loro speciale natura, non sono soggette alla disciplina sindacale».

[33] Cfr. G. GIACOBBE – D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera,* cit., p. 5. Inoltre, gli autori notano che il passaggio da una concezione del lavoro inquadrata nello schema della locazione ad una visione dello stesso focalizzata sul valore della persona umana e sulla considerazione che l'attività lavorativa assume nel completamento della stessa avviene attraverso l'art. 2060 c.c. e acquista forza attraverso le previsioni dell'art. 35 Cost. «A tale ultimo riguardo si deve precisare che, proprio perché l'attività lavorativa viene prestata sia con carattere di subordinazione che in piena autonomia, ed è tutelata in entrambe le sue esposte manifestazioni, non è consentito escludere la disciplina del lavoro autonomo dall'ambito del diritto del lavoro, i cui principi generali devono, dunque, considerarsi ad essi applicabili».

[34] In *Relazione al codice civile*, 913, si legge che «Nei titoli III e IV il rapporto di lavoro è regolato indipendentemente dal suo nesso con l'impresa, nella duplice forma di lavoro autonomo e di lavoro subordinato, che sostituisce l'arcaica dicotomia tra *locatio operis* e *locatio operarum*». Sempre in *Relazione al codice civile*, 914, si rileva che «Sotto il titolo *Del lavoro autonomo* (titolo III) il codice regola il contratto di lavoro che ha per oggetto la prestazione di un'opera o di un servizio, considerati nel loro risultato, e quindi senza vincolo di subordinazione per il prestatore d'opera. Questo contratto viene distinto dal contratto di lavoro subordinato – contratto di lavoro in senso stretto – anche nel nome di contratto d'opera. Mentre la figura del contratto di lavoro in senso stretto rappresenta l'equivalente moderno della figura romana della *locatio operarum,* la nuova figura di contratto di opera è più ristretta della figura romana della *locatio operis*. Infatti non tutti i contratti che hanno per oggetto la prestazione di un *opus* sono disciplinati nel titolo III, ma solo il tipo di *locatio operis* più elementare, in cui il *conductor operis* presta un lavoro esclusivamente o prevalentemente proprio, e come tale non riveste la figura di'imprenditore (prestatore d'opera intellettuale o artistica), oppure riveste la figura di piccolo imprenditore (artigiano). È infatti solo questo elementare tipo di *locatio operis*, quello che presenta un particolare profilo sociale, che ne giustifica la collocazione nel libro dedicato al lavoro. Conserva invece la sua sede naturale nel libro delle obbligazioni la disciplina del contratto di appalto, speciale figura di *locatio operis,* in cui la prestazione dell'*opus* implica l'organizzazione di più vasti mezzi produttivi, e soprattutto del lavoro altrui (art. 1655). Conservano altresì la loro sede nel libro delle obbligazioni quelle particolari figure di *locatio operis,* che per il loro oggetto specifico richiedono un'autonoma disciplina, quali il contratto di trasporto, il contratto di agenzia, ecc.». L'appena citato paragrafo della Relazione riveste particolare importanza non soltanto ai fini della piena comprensione delle ragioni che hanno indotto il legislatore ad inserire la disciplina del contratto d'opera nel libro dedicato al lavoro, ma anche per procedere all'analisi differenziale di tale istituto nel rapporto con altri tipi riconducibili alla *locatio operis* e con la *locatio operarum,* di cui si vedrà nei successivi paragrafi 9 e 10 del presente volume.

[35] In questo senso, mi sia concesso citare F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile,* Roma – Bari 2009, pp. 198 e 199, ove ho sostenuto che il lavoro, attraverso l'effetto dei

manterrà il codice civile, anche in tale settore, coerente con il dettato della Costituzione repubblicana[36]. E, quindi, coerente con un insieme di principi che nella loro attualizzazione generano la consapevolezza che «il lavoro su cui la Repubblica italiana è fondata, a norma del primo articolo della Costituzione, è concetto amplissimo: la lettura congiunta della norma di esordio e di quella contenuta nel secondo comma dell'art. 4 induce a comprendere in questo concetto non soltanto tutte le figure tradizionali della *locatio operarum* e della *locatio operis*, ma anche l'attività dell'imprenditore che valorizza il lavoro altrui, nonché qualsiasi altra attività umana, purché in qualche modo e misura concorra al progresso materiale o spirituale della società, quale che sia la forma contrattuale utilizzata per metterla a frutto»[37].

Ciò detto, gli elementi che rendono possibile individuare nel contratto d'opera il tipo contrattuale costituente lo scheletro del lavoro autonomo sono, da un lato, la circostanza che il prestatore esegue l'obbligazione lavorativa al di fuori di una struttura imprenditoriale (vedi *infra* par. 9)[38] e, dall'altro, l'essere il prestatore d'opera un soggetto che deve

principi costituzionali, diventa il valore fondante dell'intera comunità nazionale, punto di riferimento condiviso di tutte le forze politiche al di là di ogni possibile differenziazione.

[36] Si vedano a tal proposito le pagine di P. ICHINO, *Il contratto di lavoro,* I, in *Tratt. dir. comm.* Cicu e Messineo*,* Milano 2000, pp. 2 ss., il quale rileva che «la Repubblica è fondata sul lavoro in quanto assume come proprio valore fondamentale il contributo che ciascun cittadino dà al benessere collettivo con il suo agire personale: in questo si esprime il rifituto di tutti i privilegi di casta, di classe o di ceto sociale che si sono manifestati nel corso dei secoli passati soprattutto nell'esenzione dal lavoro. In questo si esprime al tempo stesso la scelta di attribuire valore prioritario alla capacità e alla volontà della persona – qualsiasi persona, quali che ne siano le origini sociali, il censo, la dotazione culturale – di aprirsi al rapporto di cooperazione con i propri simili, di porsi al servizio del prossimo».

[37] Così P. ICHINO, *Il contratto di lavoro,* I, cit., p. 1, il quale sostiene anche che «nell'ultimo decennio è venuta progressivamente diffondendosi, fino a diventare oggi largamente maggioritaria, la consapevolezza dell'impossibilità logica di escludere dalla tutela degli artt. 35 e ss. Cost. i rapporti di collaborazione autonoma a carattere continuativo. A questa evoluzione dottrinale sembra corrispondere una evoluzione nella stessa direzione della giurisprudenza costituzionale; e nella stessa direzione si sono mosse negli ultimi anni anche le iniziative legislative del Governo e di alcuni parlamentari, tendenti a una regolamentazione più o meno estesa del c.d. rapporto di lavoro parasubordinato. Anche in altri campi del diritto civile e commerciale, del resto, va facendosi strada l'idea della necessità di un intervento correttivo da parte dell'ordinamento statuale in tutte le situazioni nelle quali si determini una situazione di dipendenza economica di un soggetto nei confronti di un altro».

[38] In questo senso, va precisato, in accordo a quanto sostenuto da G. GIACOBBE – D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera,* cit., pp. 16 e 17, che il prestatore può essere anche interno all'impresa, purché non sussista alcun vincolo di subordinazione del prestatore al datore di lavoro. Gli autori sostengono che «il prestatore di lavoro agisce in regime di autonomia, nel senso che non è soggetto, se non entro certi limiti, al potere di controllo ed alle direttive del committente. […] Il lavoratore deve organizzare

realizzare un'opera o un servizio, verso corrispettivo, con *lavoro prevalentemente proprio* non organizzato in forme imprenditoriali (vedi *infra* par. 10). Il prestatore d'opera può dunque essere un lavoratore autonomo, nel caso in cui svolga attività occasionale, artistica, senza essere il titolare di un'organizzazione di mezzi, o un piccolo imprenditore, nel caso in cui sia coltivatore diretto del fondo, artigiano, piccolo commerciante, o *eserciti un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia* (art. 2083 c.c.)[39]. In proposito, si noti che, mentre nell'attività d'impresa si tende a perseguire i fini della produttività e del profitto, nel lavoro autonomo gli stessi elementi assumono una differente rilevanza giuridica. Infatti, se non è escluso che «anche il prestatore di lavoro si possa avvalere di una organizzazione, in funzione della quale, peraltro, viene qualificato il rischio, l'indicato elemento non costituisce requisito essenziale per lo svolgimento del rapporto, come invece accade per l'imprenditore. Così ancora il compenso, che per il lavoratore autonomo costituisce il mezzo di sostentamento per sé e per la propria famiglia, per l'imprenditore si traduce in un fine di lucro che si inserisce nell'ambito dell'organizzazione produttiva»[40]. Si noti che la distinzione tra la figura del piccolo imprenditore

autonomamente la propria attività, adottando gli strumenti tecnici che ritiene maggiormente idonei al raggiungimento del risultato stabilito».

[39] In proposito cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali,* cit., pp. 229 ss. Inoltre, G. GIACOBBE – D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera,* cit., p. 7, rilevano che «il legislatore, nel disciplinare il lavoro autonomo in un apposito titolo, ha contrapposto tale figura negoziale all'impresa e alla piccola impresa. Come si è detto, infatti, la disciplina propria della figura in esame deve essere ricercata nell'ambito del diritto del lavoro e non in altri settori dell'ordinamento giuridico. Al riguardo sembra che gli elementi caratteristici dell'imprenditore non possano in alcun modo considerarsi comuni a quelli che distinguono il lavoratore autonomo, fatta eccezione per l'assunzione del rischio che, a differenza di quanto accade nel lavoro subordinato, è sopportato dal prestatore di lavoro così come dall'imprenditore. […] Il lavoratore autonomo esplica la propria attività individuale al fine di produrre un bene o un servizio. Quindi, egli svolge una personale attività esecutiva. Sotto tale profilo, la figura in esame potrebbe essere avvicinata al piccolo imprenditore […]. L'elemento comune consiste nell'espletamento, appunto, di una attività personale, che si distinue dall'organizzazione attraverso la quale, invece, opera l'imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c.. Tuttavia, l'imprenditore opera in un ambito molto più ampio rispetto a quello del lavoratore autonomo. Quest'ultimo, infatti, agisce in esecuzione di un incarico ricevuto e, dunque, finalizza la propria opera alla realizzazione dell'interesse del committente. Nell'ambito dell'impresa, al contrario, acquista particolare rilievo l'elemento della professionalità, caratterizzata dall'esercizio continuativo di una determinata attività economica».

[40] G. GIACOBBE, *Lavoro autonomo,* in *Enc. Dir.,* XXIII, Milano 1973, p. 422, il quale rileva ulteriormente che, «in definitiva, sembra potersi affermare che l'attività imprenditoriale sia caratterizzata da un complesso di elementi che si giustificano nell'ambito dei principi di economicità di gestione e di organizzazione professionale, che sono del tutto estranei all'attività del lavoratore autonomo».

e quella del lavoratore autonomo si giustifica nella differente finalità dei due istituti, inquadrati in un'ottica di sviluppo economico, il primo, e in un'ottica tendente al sostentamento proprio e della propria famiglia, il secondo. Di conseguenza, appare possibile affermare che il profilo giuridico del contratto d'opera deve essere costruito analizzando il complesso dei principi regolanti il lavoro in tutte le sue forme.

Individuata la collocazione sistematica, si può agevolmente indagare quale sia la struttura del contratto d'opera, le cui caratteristiche sono quelle tipiche di un negozio bilaterale ad effetti obbligatori, si caratterizza per l'assenza di subordinazione e per il carattere personale della prestazione lavorativa[41], aspetti che verranno successivamente approfonditi e che portano il giurista a riflettere sulle possibili peculiarità individuabili nella configurazione dei rapporti tra le parti del negozio. In tale ottica, si deve rilevare che nel contratto d'opera le parti contrattuali ed i soggetti non necessariamente coincidono, anche se il carattere *proprio* della prestazione dovuta tende ad escludere che il prestatore d'opera possa farsi sostituire nella esecuzione della sua obbligazione. Ed infatti, questo assunto non appare sempre vero, in quanto mentre per alcune prestazioni la persona di colui che esegue l'obbligazione appare determinante (si pensi alla realizzazione di un ritratto affidata ad un determinato pittore), in altri casi tale assoluta corrispondenza si palesa come non necessaria (si pensi alla realizzazione di un cancello, che ben può essere compiuta da persona diversa rispetto all'artigiano cui è stata commessa, ad esempio un suo dipendente o collaboratore).

In ogni caso, la scelta di incentrare il contratto d'opera sul «*lavoro prevalentemente proprio*» appare significativa della rilevanza attribuita dal legislatore alla circostanza che la prestazione deve essere eseguita, di norma, direttamente dal prestatore d'opera e solo in via accidentale da suoi sottoposti. Questo profilo attiene tradizionalmente alla distinzione tra contratti *intuitu personae* e contratti senza tale caratteristica (vedi *infra* 8);

[41] Nel rimandare alle pagine del volume che tratteranno più particolarmente tali argomenti, giova ricordare che la lettura dell'art. 2222 c.c. porta ad affermare che la «*assenza di un vincolo di subordinazione*» sembra avere lo scopo di distinguere il contratto d'opera dal contratto di lavoro subordinato; il predetto vincolo deve considerarsi non esistente, in via generale, nei casi in cui manchi quel vincolo di soggezione al potere direttivo del datore di lavoro che caratterizza ogni tipo di contratto subordinato e, inoltre, quando sia rinvenibile la posizione esterna del prestatore d'opera rispetto alla organizzazione del committente o la sua assoluta autonomia nella fase di realizzazione dell'opera o di fornitura del servizio. Inoltre, si deve rilevare che il carattere prevalentemente personale dell'attività lavorativa del prestatore d'opera induce a ritenere che la stessa sia differente da quella imprenditoriale, perché mancante del requisito dell'organizzazione dei mezzi e del capitale.

tuttavia, sembra possibile verificare alcuni aspetti della norma che prescindono da tale distinzione.

4. *La rilevanza dell'"intuitus personae.* – A tal fine, appare opportuno notare, in via del tutto preliminare, che mentre il contratto basato sull'*intuitus personae* rende rilevante tale aspetto all'interno della causa negoziale, nel caso del contratto d'opera la causa del contratto non viene ad essere modificata dall'elemento fiduciario. Tanto è vero che l'esecuzione dell'opera da parte di soggetti diversi dal prestatore indicato nel contratto non conduce necessariamente all'invalidità del contratto stesso. Tale distinzione assume dunque significato soltanto in relazione ad un'eventuale difformità dell'opera commessa, ma non in relazione alla causa e, pertanto, vi saranno contratti d'opera basati sull'*intuitus personae* e contratti d'opera che non lo sono.

Si deve dunque approfondire l'indagine e rilevare che il particolare rapporto che si crea nell'affidare la realizzazione di un'opera o la fornitura di un servizio ad altro soggetto è caratterizzato dalla possibilità che tra le motivazioni dell'affidamento vi sia la particolare fiducia che si ripone nel soggetto che sa o sa fare.

E' proprio questa caratterizzazione che distingue i contratti basati sull'*intuitus personae* e quelli che, al contrario, non lo sono: infatti, nella prima categoria di contratti la considerazione dell'identità del contraente o di sue qualità personali è determinante ai fini della formazione del consenso, perché la posizione contrattuale che egli assume o il tipo di obbligazione che deve eseguire necessitano della valutazione della sua serietà e professionalità.

Ciò considerato, si noti che la tradizione giuridica ha attribuito al contratto d'opera il connotato dell'*intuitus personae,* «da cui si fa discendere il carattere infungibile della prestazione e la dimensione fiduciaria del rapporto»[42]. Tuttavia, come si è accennato in precedenza, la distinzione non è connaturale al contratto d'opera in generale, perché al suo interno possono essere ricomprese fattispecie che esulano dalla valutazione sulle qualità personali dell'esecutore. Infatti, un'attenta analisi del profilo tipologico dell'*intuitus* rende possibile affermare che l'elemento fiduciario si impone in via del tutto relativa nelle prestazioni di *facere,* poiché relativa è la personalità dell'adempimento, in quanto «la necessità programmatica della personalità può dirsi mantenuta anche nel caso di adempimento a mezzo terzi di cui all'art. 1228 c.c. (che ovviamente opera su di un piano distinto da quello dell'adempimento diretto del terzo *ex* art. 1180); potendosi in sostanza aprire – nelle obbligazioni di *facere* tipologicamente caratterizzate dall'*intuitus personae* – un ventaglio di comportamenti che, estendendosi dalla propria azione fisica alla mera direzione dell'attività altrui, consente l'utilizzo di apporti

[42] M. PERSIANI (a cura di), *I nuovi contratti di lavoro*, Torino 2010, p. 12.

esterni in funzione strumentale all'adempimento[43]». In sostanza, appare possibile sostenere che l'elemento fiduciario non attraversa il contratto d'opera neanche con riferimento al soggetto che realizza l'opera o il servizio, in quanto in questo aspetto l'attività del prestatore non viene ad essere valutata sempre nello stesso modo. In altre parole, anche guardando al soggetto prestatore d'opera, si può sostenere che alcune prestazioni sono *intuitu personae* ed altre non lo sono[44]; tutto ciò in modo particolare nelle fattispecie che generano obbligazioni di *facere,* ove sono prospettabili ipotesi di adempimento mediante semplice direzione del lavoro altrui[45], purché l'opera del debitore sia prevalente[46] e non si leda, quindi, il principio della personalità della prestazione delineato dall'art. 2222 c.c.. Norma che individua una fattispecie integrante la prestazione di un'opera o di un servizio e che, quindi, nella sua genericità, non esclude il concorso di forze lavorative esterne[47], purché la prestazione del debitore sia prevalente.

[43] Così A. PERULLI, *Lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali,* cit., p. 231.

[44] A. PERULLI, *Lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali,* cit., p. 231; vedi anche G. CANAVESI, *Il contratto d'opera,* in M. PERSIANI (a cura di), *I nuovi contratti di lavoro,* cit., pp. 11 ss., il quale rileva che il lavoro personale è richiesto soltanto in via prevalente; tale circostanza, secondo l'Autore, «rende possibili apporti lavorativi di atri soggetti, ma apre, d'altro canto, la questione del rapporto tra prestatore d'opera e piccolo imprenditore, ai sensi dell'art. 2083 c.c. In effetti, il fattore differenziatore tra appalto e contratto d'opera, identici quanto all'oggetto della prestazione, risiede nell'organizzazione, in cui consiste l'attività dell'appaltatore, poiché è dal coordinamento dei fattori di produzione, tra cui il lavoro altrui essenzialmente subordinato, che consegue il compimento di quell'opera o servizio, eseguite, invece, dal prestatore d'opera personalmente o, al più, avvalendosi di familiari o anche di qualche collaboratore».

[45] Gli esposti rilievi sono ancor più attinenti al contratto di prestazione d'opera intellettuale, fattispecie per cui è espressamente prevista la possibilità per l'obbligato di avvalersi dell'ausilio di terzi, sotto la sua direzione e la sua responsabilità (art. 2232 c.c.). Si pensi all'avvocato, che non necessariamente deve compiere personalmente tutta l'attività di rappresentanza o di difesa; si pensi al notaio, che non necessariamente deve controllare personalmente tutte le fasi che portano alla redazione di un atto. Al contrario, se si pone l'attenzione sui contratti d'opera destinati a generare obbligazioni che prevedono la realizzazione di un lavoro manuale, appare chiaro come il lavoro proprio da prestare si esaurisca nella fase di realizzazione dell'opera e come, di conseguenza, l'esecuzione a mezzo di terzi possa essere ammessa finché l'apporto delle forze lavorative estranee non diventi prevalente rispetto a quello del prestatore d'opera debitore.

[46] Il carattere personale dell'attività del prestatore è ben declinato nelle pagine di G. GIACOBBE – D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera,* cit., p. 16, i quali rilevano che la formulazione della legge richiede un'attività *prevalentemente propria.* «Quindi, non è esclusa la sussistenza di un rapporto di lavoro autonomo ove il prestatore si serva dell'opera di terzi in via occasionale, mantenendo, cioè, una sostanziale personalità dell'esecuzione».

[47] Come nota M. C. CERVALE, *La responsabilità dell'appaltatore*, Milano 1999, p. 20, con riferimento al contratto di appalto, «la normale fungibilità del *facere* dedotto in obbligazione non esclude che l'identità o la qualità della persona dell'appaltatore possano

In conclusione, l'*intuitus personae* nel contratto d'opera assume un'importanza differente a seconda della rilevanza negoziale delle qualità personali e di ordine tecnico del prestatore: se tali qualità renderanno l'obbligazione contrattuale infungibile allora l'elemento fiduciario e personale sarà estremamente rilevante; al contrario, se non vi sarà ragione di ritenere l'obbligazione contrattuale infungibile l'elemento fiduciario avrà una rilevanza «debole» nel negozio.

5. *La distinzione con il contratto d'appalto.* – Sull'altro lato della circonferenza rappresentante il lavoro autonomo, come detto, si estende la dimensione imprenditoriale del lavoro (intesa come attività finalizzata alla valorizzazione del lavoro altrui al fine di produrre ricchezza). Lo schema negoziale funzionale all'attività d'impresa è il contratto di appalto, negozio cui il codice civile italiano del 1865 ancora non assegnava un ruolo autonomo, ma confinato all'interno del più ampio genere della locazione. Negozio cui, al contrario, il codice civile del 1942 detta una disciplina complessa, conferendo ad esso una propria tipicità slegata dalle maglie della locazione, diventando l'appalto, sistematicamente collocato nel libro IV del codice, dedicato alle obbligazioni, una delle dimensioni in cui si articola l'antico concetto di *locatio operis*. Costruito come tipo contrattuale attraverso il quale si manifesta l'attività d'impresa volta alla realizzazione di opere o alla fornitura di servizi, esso è tipologicamente differente dal contratto d'opera perché in esso assume rilievo preminente l'aspetto organizzativo del capitale, dei mezzi di produzione e del lavoro altrui, rispetto al valore della prestazione lavorativa prevalentemente personale[48].

essere determinanti del consenso del committente. Il legislatore, inoltre, sembra aver dato, in via generale, rilevanza all'interesse del committente alla immutabilità della persona dell'altro contraente, non soltanto ponendo un limite alla facoltà dell'appaltatore di sostituire altri a sé nell'esecuzione dell'opera e nella prestazione del servizio (art. 1656 c.c.), ma anche riservando, sempre al committente, la facoltà di recesso in caso di morte dell'appaltatore (art. 1674), ben oltre i limiti sanciti dall'art. 1671 c.c. […] Certamente, la progressiva importanza dell'impresa, che all'appaltatore fa capo, induce a ritenere che non è tanto la persona dell'appaltatore, il quale tra l'altro potrebbe essere anche una società di capitali, ad assumere rilievo sull'efficacia del contratto quanto, semmai, la considerazione della organizzazione imprenditoriale, che costituisce presupposto indefettibile per la esecuzione dell'appalto».

[48] Come rileva M. C. CERVALE, *Commento sub art. 1655,* in *Comm. Cod. civ.* Cendon, Milano 2008, p. 15, «il requisito dell'organizzazione imprenditoriale non si desume tanto dalla formulazione dell'art. 1655 c.c. – che parlando genericamente di organizzazione dei mezzi necessari potrebbe volersi riferire tanto ad una impresa in senso tecnico quanto alla più semplice circostanza che i mezzi occorrenti per la esecuzione dell'opera o per la prestazione del servizio, devono essere forniti dall'appaltatore – quanto piuttosto da un'analisi compartiva con gli artt. 2222, 2082 e 2083 c.c., dai quali è lecito desumere che, mentre il contratto d'opera va abbinato con il modello organizzativo previsto dall'art.

L'art. 1655 c.c. definisce l'appalto come *il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro.* Muovendo dalla definizione normativa si desume che l'appaltatore è colui che si obbliga a compiere un'opera o un servizio, verso il corrispettivo di una somma di denaro, organizzando in modo autonomo il necessario all'esecuzione della sua obbligazione ed assumendo su di sé tutti i rischi derivanti dalla esecuzione stessa. Quindi, lo schema tipico dell'istituto consiste, da un lato, nel compimento dell'opera o del servizio (il dover fare dell'appaltatore) e, dall'altro, nel pagamento del corrispettivo, principale obbligazione del committente. In tale ottica, «il contratto di appalto si caratterizza e contraddistingue da altri schemi contrattuali in virtù dell'impegno assunto di *facere,* ossia in ragione del dovere di compiere un'opera o di prestare un servizio»[49] attraverso la gestione di mezzi e l'organizzazione del lavoro altrui, non essendo l'appaltatore vincolato ad eseguire la sua obbligazione personalmente e direttamente attraverso il proprio lavoro. Il legame dell'appalto con l'impresa[50] si rivela nella costruzione del tipo negoziale come modello strettamente funzionale all'imprenditore commerciale, ci cui all'art. 2082 c.c.[51]. La struttura del negozio si caratterizza, da un lato, per

2083 c.c. (relativo al piccolo imprenditore), per converso l'appalto si ricollega alla nozione di imprenditore commerciale, di cui all'art. 2082 c.c.».

[49] Così M. C. CERVALE, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 12, la quale precisa ulteriormente come «l'appaltatore non sia tenuto a compiere personalmente e direttamente il lavoro, pertanto, sarebbe più corretto rilevare come l'obbligazione dell'appaltatore consiste più in un far fare che non in un fare in senso stretto».

[50] La stessa *Relazione al Codice Civile*, 700, chiarisce che «l'appalto, che nel codice civile del 1865 era considerato come sottotipo della locazione d'opera, acquista nel nuovo sistema una individualità autonoma, pur rivelando, nella disciplina per esso dettata, le tracce della sua origine. La caratteristica essenziale che ha permesso il differenziarsi dell'appalto dalla più semplice figura del contratto d'opera, regolato negli artt. 158 ss. del Libro del Lavoro, non è dato dal risultato, che in entrambi è un'opera o un servizio, ma dal fatto che nell'appalto vi è una organizzazione d'impresa, la quale pone in secondo piano la prestazione di lavoro dell'appaltatore. Il risultato contrattuale non si raggiunge, in altri termini, direttamente attraverso il lavoro dell'appaltatore, come attraverso il lavoro prevalentemente proprio del prestatore si consegue nel contratto d'opera, ma attraverso l'organizzazione dei mezzi necessari, che l'appaltatore pure gestisce a suo rischio: il confronto tra l'art. 1655 che definisce l'appalto e l'art. 2222 che individua il contratto d'opera (nel quale si comprende anche il contratto tra colui che esercita una professione intellettuale e il cliente), mostra con sufficiente chiarezza i criteri esposti».

[51] Il Tribunale di Roma, 26 febbraio 2002, in *RGC,* 2005, *Appalto*, evidenzia che «L'appaltatore è, per sua natura, un imprenditore commerciale, il quale organizza i mezzi ed assume il rischio dell'esecuzione dell'*opus.* Incombono, pertanto, sull'appaltatore le spese di acquisto dei materiali necessari, salvo patto contrario». Inoltre, la Cass. civ., 29 dicembre 2008, n. 30407, in *dejure.giuffrè.it*, ha chiarito che, «ai fini della qualificazione dell'affidamento di lavori edili come contratto d'opera e non come contratto d'appalto,

l'organizzazione dei mezzi necessari alla realizzazione dell'opera[52] e, dall'altro, per la gestione a proprio rischio della realizzazione stessa[53].

L'obbligazione dell'appaltatore, consistente nella realizzazione di un'opera o nella fornitura di un servizio, si caratterizza dunque per essere incentrata sulla autonoma gestione, a proprio rischio, dell'assetto organizzativo della prestazione esecutiva e delle modalità di realizzazione della prestazione stessa, pur essendo consentito al committente di intervenire nella fase di realizzazione[54] con il limite di non ridurre l'appaltatore ad un mero *nudus minister*.

---

una lettura coordinata degli art. 2083 e 2226 c.c., adeguata all'evoluzione della realtà socioeconomica, conduce ad affermare che anche l'artigiano e il piccolo imprenditore possono disporre di un minimo di organizzazione aziendale (che può manifestarsi nel ricorso all'ausilio di terzi per attività accessorie, quali trasporti o esecuzione di parti secondarie dell'opera, o anche nell'esecuzione della stessa con mansioni di collaborazione non qualificata), senza che ciò faccia venir meno la determinante rilevanza dell'attività diretta e personale dell'artigiano o del piccolo imprenditore e dei familiari all'esecuzione della prestazione commessagli». In dottrina, D. RUBINO, *L'Appalto,* 4ª ed., Torino 1980, p. 17, ha chiarito come, «allorché si dice che di fronte al semplice contratto d'opera l'appalto si caratterizza per la presenza in esso di un impresa, occorre precisare che si allude alla grande e alla media impresa. Del resto si può mettere in dubbio che anche la cosiddetta piccola impresa sia una vera impresa, e certo la sua disciplina differisce molto da quella della grande e della media impresa».

[52] M. C. CERVALE, *Commento sub art. 1655*, cit., p. 15, nota che «il requisito della organizzazione dei mezzi necessari vuole riferirsi ad una organizzazione dei mezzi produttivi (energie lavorative, capitali, beni) a struttura imprenditoriale. […] Appare opportuno notare come l'inciso organizzazione dei mezzi necessari è nuovo rispetto al progetto ministeriale del 1940, secondo il quale: *Il contratto di appalto è quello per il quale uno dei contraenti assume, con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio contro un corrispettivo che l'altro si obbliga a pagare* (art. 600). Il successivo riferimento all'organizzazione economica accentua l'incidenza del rischio dell'imprenditore […].

[53] Rileva ancora M. C. CERVALE, *Commento sub art. 1655,* cit., p. 17, che «il requisito della gestione a proprio rischio, oltre a voler identificare nella persona dell'appaltatore la titolarità di ogni aspetto direttivo ed il centro di imputazione degli effetti conseguenti alla scelte effettuate, intende anche sottolineare come il rischio economico del contratto ricada interamente sull'appaltatore, il quale però potrà lucrare sulla differenza tra il costo globale dell'opera o del servizio e l'ammontare del corrispettivo che il committente dovrà corrispondergli». La stessa Relazione al Codice Civile, 700, evidenzia che «l'elemento della gestione a rischio dell'appaltatore è richiesto per significare che l'organizzazione e l'impiego dei mezzi necessari alla produzione del risultato promesso è a rischio dell'appaltatore medesimo».

[54] La Cass., 5 gennaio 1976, n. 1, in *dejure.giuffrè.it,* ha precisato che «Requisito indispensabile perché un contratto possa qualificarsi appalto è la riserva a favore dell'assuntore di un certo margine di autonomia, quantomeno nell'esecuzione dell'opera. La prima conseguenza di ciò è che vincolare l'appaltatore alla realizzazione di un determinato progetto redatto da altri comporta certamente sì una riduzione della sua autonomia per quanto riguarda la determinazione dell'opera, ma non l'eliminazione dell'autonomia stessa, rimanendo essa impregiudicata, non soltanto per quanto riguarda la

Delineati così gli aspetti fondamentali dell'appalto, senza procedere ad ulteriori approfondimenti non utili alle finalità dell'indagine che si vuole proporre, appare opportuno riflettere che, sotto un profilo strutturale, l'oggetto della prestazione dell'appaltatore è il medesimo di quella del prestatore d'opera, poiché consiste nella realizzazione di un'opera o nella fornitura di un servizio: in entrambi i negozi la fattispecie viene qualificata come obbligo di compiere una prestazione, verso un corrispettivo, senza alcun vincolo di subordinazione con il committente ed assumendosi tutti i rischi della gestione. Nonostante la citata analogia, ad una prima analisi, la distinzione tra contratto d'opera e contratto di appalto appare di agevole applicazione, perché, pur essendo i due contratti derivazione della tradizionale categoria della *locatio operis,* come si è avuto modo di notare (vedi *ante sub* par. 5) si ha appalto quando il soggetto obbligato all'esecuzione dell'opera o del servizio è un imprenditore e si ha contratto d'opera quando il prestatore d'opera non è un imprenditore, come nel caso dell'artigiano.

Quindi, la distinzione tra le due forme di *locatio operis* trova giustificazione in elementi che non riguardano l'oggetto della prestazione ma il manifestarsi della stessa, poiché nell'appalto l'aspetto organizzativo dei mezzi necessari, del lavoro e del capitale utile al raggiungimento di un determinato risultato è prevalente rispetto alla prestazione che l'appaltatore

sua esecuzione, ma anche per un vaglio critico del progetto stesso da realizzare (con la diligenza e la perizia di cui si è già detto in precedenza). Ma, anche per quanto riguarda l'esecuzione dell'opera, l'autonomia dell'appaltatore non è affatto incompatibile con una certa ingerenza da parte del committente che può non solo controllare l'andamento dei lavori, ma anche dare istruzioni in proposito (art. 1662), restando, però, per queste ultime – come nel caso del progetto – pur sempre all'appaltatore il diritto – dovere di esaminare, quanto meno, la rispondenza alle esigenze più imprescindibili della tecnica e della sicurezza. Anche i poteri di istruzione del committente, pertanto, riducono, ma non annullano l'autonomia dell'appaltatore, anche perché tali istruzioni non hanno il carattere della necessari età e della continuità (come nel rapporto di lavoro subordinato), ma quello della eventualità e della occasionalità». Peraltro, la Suprema Corte, nella citata sentenza, ha avuto modo di precisare che la sostanziale situazione di autonomia dell'appaltatore non muta neanche nell'ipotesi in cui ad esso venga affiancata, dal committente, una sua persona di fiducia. Si veda anche Cass. civ., Sez. II, 13 marzo 1992, n. 3050, in *RGI,* 1992, voce *Appalto privato,* p. 168, ove la Suprema Corte, analizzando anche il profilo della responsabilità dell'appaltatore, precisa che «Il contratto di appalto è caratterizzato dall'autonomia dell'appaltatore il quale è *dominus* nell'organizzare e regolare lo svolgimento del lavoro nell'ambito delle finalità previste dal contratto e al fine di conseguirle, sicché egli risponde verso il committente degli eventi dannosi verificatisi nello svolgimento del rapporto anche quando il committente pretenda di imporgli una modalità esecutiva, atteso che l'appaltatore se la modalità proposta non è conforme alle regole dell'arte (nella specie: effettuazione di uno scavo in eccessiva prossimità di un edificio) non deve osservarla, salvo specifico patto con il committente, il quale da un lato degrada l'appaltatore in ordine a quelle modalità esecutive a *nudus minister* e dall'altro, conseguentemente, lo libera dalla responsabilità».

deve realizzare; al contrario, nel contratto d'opera l'adempimento dell'obbligazione si realizza mediante il preminente valore dell'attività lavorativa del prestatore, non organizzata in forme imprenditoriali[55]. In altri termini, si può affermare che i due istituti in esame si differenziano essenzialmente perché nell'appalto la realizzazione dell'opera avviene attraverso l'organizzazione[56] di impresa[57], mentre nel contratto d'opera la prestazione viene eseguita mediante il lavoro prevalentemente personale dell'artefice e dei suoi familiari. Il prestatore d'opera "fa". L'appaltatore "fa fare".

6. *L'esecuzione della prestazione.* – La precedente esposizione consente di affermare come la struttura del contratto d'opera si caratterizzi per contenere al suo interno il piano di esecuzione di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo, seguendo fasi programmatiche abbastanza chiare e consistenti in previsioni che devono realizzare il disposto degli artt. 2223, 2224 e 2225 c.c., relativi alla fornitura della materia, all'esecuzione dell'opera e al corrispettivo.

In particolare, l'art. 2224 c.c. impone al prestatore d'opera di procedere all'esecuzione della sua obbligazione *secondo le condizioni stabilite dal*

[55] Come nota A. PERULLI, *Lavoro autonomo, contratto d'opera e professioni intellettuali, op. cit.*, p. 87, «L'entità dei mezzi organizzativi con cui viene effettuato l'oggetto dell'obbligazione da parte dell'appaltatore riflette la rilevanza, attribuita dall'ordinamento, all'elemento economico-sociale dell'impresa "al fine di ricavare da un unico tipo negoziale due contratti distinti (D. RUBINO - G. IUDICA*, Dell'Appalto,* art. 1655-1677, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, Bologna- Roma, 1992, p. 29)"[…]. La presenza del requisito dell'organizzazione – e, quindi, della diversa modalità di svolgimento dell'attività produttiva – rinvia alle problematiche relative all'individuazione della nozione di imprenditore».

[56] In proposito, si noti come, rileva M. C. CERVALE, *Commento sub art. 1655,* cit., p. 21, «il fatto che l'adempimento della prestazione richieda, di regola un'organizzazione di tipo imprenditoriale non è senza rilevanza per quanto attiene alla scelta, da parte del committente, dell'appaltatore cui commissionare l'opera od il servizio, dal momento che la capacità professionale, produttiva e finanziaria di quest'ultimo può, in effetti, condizionare la decisione del committente in ordine alla individuazione dell'altra parte contrattuale. La generale fungibilità del *facere* dedotto in obbligazione non esclude, quindi, che l'identità o la qualità della persona dell'appaltatore possano essere determinanti del consenso del committente. […] Certamente, la progressiva importanza dell'impresa che all'appaltatore fa capo, induce a ritenere che non è tanto la persona dell'appaltatore, il quale tra l'altro potrebbe essere anche una società di capitali, ad assumere rilievo sulla conclusione del contratto quanto, piuttosto, l'organizzazione che costituisce presupposto indefettibile e basilare per una positiva esecuzione dell'appalto».

[57] Come osserva O. CAGNASSO, *La disciplina del contratto di appalto,* all'interno di G. COTTINO (a cura di), *Contratti Commerciali*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pub. ec.,* diretto da F. Galgano, Padova 1991, p. 685, l'appaltatore è necessariamente un imprenditore, mentre l'appaltante può essere un imprenditore o un non imprenditore.

contratto e a regola d'arte; infatti, ove tali ipotesi non ricorra e l'esecuzione sia difforme dalle disposizioni contrattuali e dalle regole dell'arte il committente *può fissare un congruo termine, entro il quale il prestatore d'opera deve conformarsi a tali condizioni.* Il comportamento richiesto al prestatore d'opera, dunque, si caratterizza per essere strettamente legato a due sicuri riferimenti quali le *condizioni stabilite dal contratto* e la *regola d'arte*; riferimenti che indicano quali elementi fondamentali del piano esecutivo della prestazione le direttive previste dalle parti circa il risultato oggetto del contratto, in regime di cooperazione[58], e il rispetto delle regole di diligenza imposte dalla regola d'arte.

Introdotta, così, la problematica relativa all'esecuzione della prestazione nei suoi termini generali, si deve preliminarmente notare che l'attività del prestatore d'opera si traduce nella realizzazione di un'opera materiale o nell'espletamento di un servizio economicamente rilevante, e quindi nel lavoro necessario a generare una utilità per il committente: l'attività del prestatore autonomo incide su una *materia* da trasformare. Ed infatti, stabilisce l'art. 2223 c.c. che le norme regolanti il contratto d'opera *si osservano anche se la materia è fornita dal prestatore d'opera, purché le parti non abbiano avuto prevalentemente in considerazione la materia, nel quale caso si applicano le norme sulla vendita*[59]. Il legislatore storico, nel regolare la fornitura della materia,

[58] Rileva A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali,* cit., p. 247, che «Il comportamento esecutivo – che nel contratto d'opera manuale o materiale può dirsi appartenere al novero delle c.d. «operazioni» - trova indicazioni e direttive nella previsione delle parti (momento programmatico) circa il risultato da raggiungere; integrandosi di tutti quei comportamenti doverosi che conducono al risultato, anche se non previsti originariamente in contratto. A differenza del lavoro subordinato, ove il processo di continua e graduale determinazione del *facere* spetta al datore di lavoro, nel contratto d'opera, per la particolare natura di questo rapporto, l'orientamento al risultato è dunque affidato alla cooperazione del creditore e del debitore». La *Relazione al codice civile,* 843, recita che «la disciplina del lavoro subordinato nell'impresa è fondata sul principio e sul dovere di collaborazione». Inoltre, la stessa *Relazione al codice civile,* 844, chiarisce che «La definizione di prestatore di lavoro subordinato, data nell'art. 2094, pur nelle necessarie ampiezza e comprensione che doveva ricevere, precisa l'essenziale carattere di questa forma di collaborazione […] per cui il prestatore di lavoro si pone alla dipendenza e sotto la direzione dell'imprenditore, carattere che la giurisprudenza esprime col parlare di inserzione o incorporazione nell'impresa o, con minore proprietà di linguaggio giuridico, nell'azienda». In sostanza, se nel rapporto di lavoro autonomo il programma contrattuale deve essere raggiunto attraverso l'accordo delle parti per una proficua collaborazione, nel rapporto di lavoro subordinato l'inserimento del lavoratore nell'impresa rende possibile che il programma esecutivo dell'attività del lavoratore sia prerogativa del datore di lavoro.

[59] La disciplina della prestazione della materia dettata dall'art. 2223 differenzia il contratto d'opera dall'appalto: infatti, se nel contratto d'opera la fornitura della materia da parte del prestatore è una mera eventualità, che non esclude l'applicabilità delle norme regolanti l'istituto, nel contratto di appalto, l'art. 1658 c.c., prevede che la materia

ribadisce l'orientamento che esprime l'intenzione di «tutelare ogni espressione del lavoro, comprese quelle forme di lavoro che, per non avere carattere professionale o per la loro speciale natura, non sono soggette alla disciplina sindacale[60]», disciplinando «sotto il titolo del lavoro autonomo […] il contratto di lavoro che ha per oggetto la prestazione di un'opera o di un servizio, considerati nel loro risultato, e quindi senza vincolo di subordinazione per il prestatore d'opera[61]». In tale ottica, la circostanza che vede il prestatore d'opera fornire la materia[62], purché l'elemento materiale

necessaria alla realizzazione dell'opera sia normalmente fornita dall'appaltatore. Come notato da G. GIACOBBE – D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera,* cit., p. 108, «La disciplina positiva, a differenza ed in antitesi con la tradizionale concezione, risalente al diritto romano, secondo cui in tale ipotesi si dovrebbe configurare un contratto di compravendita, ritiene, comunque, rilevante l'elemento del lavoro, considerando applicabile la disciplina del contratto d'opera. Solo ove le parti abbiano inteso privilegiare la consegna della *res,* o comunque la prestazione della materia, si applica la normativa relativa al contratto di compravendita».

[60] Cfr. Relazione al Codice civile*,* 913. Si noti che tale principio deve considerarsi notevolmente rafforzato in seguito alla approvazione della Carta costituzionale, il cui art. 35 eleva a interesse fondamentale della Repubblica la tutela del lavoro, stabilendo che: *La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni. Cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori. Promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro. Riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero.*

[61] Cfr. Relazione al Codice Civile*,* 914.

[62] Rileva A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali,* cit., p. 240, che «Il dibattito, sul punto, affonda le radici nell'antichità; ed è curioso rilevare l'opinione di un anonimo commentatore a Matteo, il quale, riflettendo sulla parabola della cacciata dei mercanti dal tempio e domandandosi se invero gli uomini non fossero tutti dei mercanti, forniva una risposta che pare tratta, come ora vedremo, dagli attuali repertori di giurisprudenza: "non è *negotiator* – afferma l'anonimo – chiunque compri qualcosa non per rivenderla integra e immutata, ma per trasformarla in un manufatto, non vende la medesima cosa (che ha comprato); vende soprattutto il suo *artificium.* In altre parole, quando si vende una cosa il cui prezzo non è determinato dalla cosa stessa, ma dalla lavorazione del manufatto, questo non è commercio". In diritto romano la questione venne invece risolta dai compilatori nel senso che vi fosse una compra-vendita tutte le volte in cui l'artefice somministrasse la materia; ed ancora, nel diritto comune francese la *locatio operis* con fornitura della materia da parte del *conductor operis* veniva qualificata come vendita. […] Il codice del 1865 seguirà pedissequamente il modello francese (cfr. artt. 1634 e 1635); quello del '42, ponendosi nel medesimo ordine di idee, registra la frattura in seno alla *locatio operis* tra appalto e contratto d'opera» differenziando i due tipi contrattuali anche con riguardo alla fornitura della materia. Si noti come la Relazione al Codice Civile*,* 700, renda chiaro che nell'appalto l'organizzazione di impresa «pone in secondo piano la prestazione di lavoro dell'appaltatore. Il risultato contrattuale non si raggiunge […] direttamente attraverso il lavoro dell'appaltatore, […] ma attraverso l'organizzazione dei mezzi necessari, che l'appaltatore cura e gestisce a suo rischio». Si noti ulteriormente come la stessa Relazione al codice civile*,* 915, chiarisce come, in ragione del carattere prevalentemente personale dell'esecuzione, la disciplina del contratto d'opera sia diversa

non risulti prevalente rispetto al valore del lavoro, non influisce sulla collocazione del rapporto giuridico nel *genus* del lavoro autonomo, fatta salva la circostanza di una diversa previsione delle parti[63]. Peraltro, nel contratto d'opera si deducono obbligazioni di fare che si concretizzano nella realizzazione di un'opera o nella fornitura di un servizio attraverso lavoro prevalentemente proprio; e che, in ragione di questo assunto, le obbligazioni di dare contaminano la struttura del contratto d'opera nel caso eventuale in cui il prestatore fornisca personalmente la materia, ma rimangono secondarie rispetto all'attività lavorativa funzionale alla concreta esecuzione del rapporto. Proprio la prevalenza del *facere* rispetto al dare consente di individuare nel contratto d'opera, negozio attraverso il quale si realizza lo scambio tra attività lavorativa autonoma e corrispettivo, una categoria distinta rispetto alla vendita, negozio che, invece, è tipologicamente costruito come funzionale allo scambio tra prodotto e prezzo.

In sostanza, nell'eventualità che il prestatore d'opera fornisca anche la materia, si dovrà individuare un contratto d'opera o un contratto di vendita[64] riferendosi al criterio della preminenza dell'attività lavorativa

---

ed autonoma rispetto al contratto di appalto. «Così nel contratto d'opera non è stabilita la regola che la materia sia fornita dal prestatore d'opera (art. 2223 rispetto all'art. 1658)».

[63] G. GIACOBBE – D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera,* cit., p. 110, rilevano come «il problema consista proprio nella necessità di distinguere la causa tipica del contratto posto in essere, ove si consideri che nella figura in esame le obbligazioni di fare e di dare sono tra loro intimamente dipendenti. Non si può, infatti, dimenticare il principio generale, previsto dall'art. 35 Cost., in base al quale il lavoro è tutelato in tutte le sue forme. Tale principio – valutato in relazione alla disciplina del contratto d'opera – consente di porre l'accento sul lavoro personale del prestatore d'opera anche nel caso in cui, dovendo egli procurarsi la materia, sia poi necessario un effettivo trasferimento della *res*. Ciò significa che, pur in assenza di un'indubbia commistione tra fare e dare, tuttavia la prima obbligazione caratterizza il rapporto, nella misura in cui esso si pone quale presupposto qualificante e determinante la stessa obbligazione di dare».

[64] Si ricordi che, *ex* art. 1470 c.c., *la vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo.* Come nota A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito,* in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano 1995, p. 5, «la funzione della vendita deve essere individuata nello scambio di un bene verso un corrispettivo pecuniario. La causa di tale contratto espirme perciò una operazione economica di scambio. Nel quadro dei contratti di scambio, la tipizzazione legislativa muove dalla specifica natura delle attribuzioni patrimoniali oggetto di scambio, che sono costituite, da un lato, dall'alienazione di un diritto e, dall'altro, dal prezzo (ossia da un corrispettivo in moneta). […] In caso di prestazioni aggiuntive, si dovrà verificare se le stesse abbiano carattere accessorio rispetto a quelle tipiche della vendita, in quanto integrative o strumentali rispetto a queste (come quando consistano, ad esempio, in attività di modifica della cosa venduta, d'installazione, montaggio, recapito, ecc.), o invece alterino la valenza economica dello scambio che caratterizza la vendita (come quando, ad esempio, la prestazione pecuniaria venga integrata da una prestazione di dare o fare autonoma rispetto alla prima), nel qual caso le previsioni pattizie saranno da considerare incompatibili con il tipo-vendita». Al contrario,

rispetto al bene o alla scelta delle parti. Si dovrà, dunque, delimitare precisamente l'oggetto del rapporto che, se consistente nel trasferimento del diritto di proprietà o di altro diritto su bene materiale concreterà una fattispecie di vendita; che, al contrario, se individuabile nel programma contrattuale regolante lo scambio tra lavoro e corrispettivo integrerà un contratto d'opera[65].

Analizzati gli aspetti relativi alla fornitura della materia, appare opportuno dirigere nuovamente l'indagine verso le modalità di esecuzione dell'opera o di fornitura del servizio, approfondendo le formule richiamate in precedenza. Fermi restando i principi generali che sorreggono l'esecuzione di ogni obbligazione contrattuale (buona fede[66], *ex* artt. 1337 e 1375 c.c.; il richiamo alle regole derivate dalla legge, dagli usi e dall'equità, *ex* artt. 1340 e 1374 c.c.), la disciplina del contratto d'opera stabilisce che l'esecuzione: a) deve garantire che l'opera sia realizzata attraverso il lavoro prevalentemente personale del prestatore; b) deve rispettare il programma esecutivo

---

nella causa del contratto d'opera, come chiarito nel precedente capitolo, il valore del lavoro è preminente rispetto al bene o al servizio risultato del programma contrattuale previsto dalle parti.

[65] Rilevano G. GIACOBBE – D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera,* cit., pp. 118 e 119, l'articolo 2223 c.c. «attribuisce alla volontà delle parti un ruolo determinante nella qualificazione del contratto. La norma, tuttavia, non prende espressamente in considerazione la figura della vendita di cosa futura che, invece, potrebbe presentare problemi di individuazione, nel caso concreto, dell'esatta qualificazione giuridica della fattispecie. Ed infatti, si discute in dottrina se possa essere inquadrata nell'ambito dello schema tipico della vendita di cosa futura l'ipotesi in cui, oltre al bene da produrre, sia dedotta in contratto anche l'obbligazione di tenere uno specifico comportamento per ottenere quel determinato risultato. Senza entrare nel merito della dibattuta problematica relativa alla natura giuridica della vendita di cosa futura, sembra che utili elementi di qualificazione possano essere ricavati dall'art. 1472 c.c., che, come è noto, disciplina la figura negoziale. Quest'ultima si caratterizza per la sua natura obbligatoria, consistente nell'obbligo, per il venditore, di far acquistare la cosa al compratore, non appena la stessa verrà ad esistenza. Quindi, a differenza di quanto si verifica nel rapporto di lavoro subordinato, la *res* non ancora esistente costituisce oggetto di scambio come tale, e non quale risultato dell'attività del terzo. Da ciò deriva che anche nel caso in cui il venditore debba porre in essere una serie di comportamenti, necessari per la realizzazione della *res*, questi rilevano solo in quanto ad essi siano strumentali».

[66] C. M. BIANCA*, Diritto civile. L'obbligazione*, Milano 1990, pp. 86 ss., rileva che «La correttezza o buona fede in senso oggettivo è un fondamentale principio di solidarietà che il codice sancisce nella disciplina del contratto e, più in generale, nella disciplina dell'obbligazione. […] La buona fede sancita in generale a carico dei soggetti del rapporto obbligatorio si specifica nell'obbligo della salvaguardia. Precisamente, nel rapporto obbligatorio ciascun soggetto ha l'obbligo di salvaguardare l'utilità dell'altro nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio». Si noti che il concetto di buona fede oggettiva non deve essere confuso con l'idea di buona fede soggettiva, che implica valutazioni in merito alla ignoranza, da parte di un soggetto, di ledere un diritto altrui.

concordato dalle parti; c) deve essere svolta in modo da garantire che il suo risultato sia conforme alle regole dell'arte.

Con riferimento al programma contrattuale, come è stato notato in dottrina[67], appare opportuno rilevare che «Il comportamento esecutivo – che nel contratto d'opera manuale o materiale appartiene al novero delle c.d. operazioni – trova indicazioni e direttive nella previsione delle parti (momento programmatico) circa il risultato da raggiungere; integrandosi di tutti quei comportamenti doverosi che conducono al risultato, anche se non previsti originariamente dal contratto». Quindi, le parti stabiliscono, nella loro collaborazione[68], le condizioni di esecuzione dell'opera; fissano le caratteristiche dell'opera stessa, il tempo e il luogo della prestazione; valutano le competenze tecniche che il debitore deve avere e le tecnologie che deve usare. Rimane al committente la possibilità di emanare direttive di orientamento, purché queste non ledano la posizione di autonomia del prestatore d'opera rendendo lo stesso soltanto un *nudus minister* dell'esecuzione[69].

---

[67] Cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali,* cit., p. 247, il quale rileva ulteriormente che «A differenza del lavoro subordinato, ove il processo di continua e graduale determinazione del *facere* spetta al datore di lavoro, nel contratto d'opera, per la particolare natura di questo rapporto, l'orientamento al risultato è dunque affidato alla cooperazione del creditore e del debitore. Normalmente il contenuto contrattuale – nell'accezione tradizionale di dichiarazione di volontà – sarà strutturalmente completo laddove indichi il risultato ed individui i punti reali tra i quali e sui quali il *facere* – in vista di quel risultato – si pone e si struttura, secondo uno schema programmatico che il legislatore presuppone stabilito dalle parti già al momento della stipulazione del contratto (cfr. ad es., oltre all'art. 2224, co. 1, c.c., gli artt. 1662, co. 2, 1865, co. 1, 1711, co. 1, 1739, co. 1, c.c.)».

[68] E. SENA, *Commento sub art. 2224,* in *Cod. civ. annotato* Perlingieri G., I, III ed., Napoli 2010, p. 682, sottolinea che «Il richiamo alle condizioni del contratto comporta che nel lavoro autonomo le modalità di svolgimento della prestazione non siano determinate da uno solo dei contraenti, ma debbano essere fissate di comune accordo da entrambe le parti. In particolare tale accordo deve stabilire non solo il tipo di opera o servizio che il prestatore deve realizzare in relazione alle sue caratteristiche essenziali, ma anche i requisiti che lo stesso prestatore deve possedere per poter validamente adempiere alla sua obbligazione, soprattutto per quanto attiene alle capacità personali e alle conoscenze tecniche necessarie per una sua esatta realizzazione».

[69] Si veda, sul punto, E. SENA, *Commento sub art. 2224 c.c.,* cit. In giurisprudenza, Cass. civ., 18 gennaio 1982, n. 316, in *Giust. civ.,* Mass., 1982, I, è stato chiarito che «In tema di contratto d'opera, l'art. 2224 c.c., autorizzando il committente a fissare un congruo termine entro il quale il prestatore d'opera deve conformarsi alle condizioni contrattuali previste per l'esecuzione dell'opera ed alle regole dell'arte, riconosce al committente stesso un potere di controllo sull'opera, il cui mancato esercizio può - secondo l'incensurabile apprezzamento del giudice del merito se congruamente motivato - configurare un concorso di colpa di quest'ultimo con l'esecutore (dell'opera) per i danni subiti da terzi in conseguenza dei difetti dell'opera». Inoltre, Cass. civ., 28 luglio 2008, n. 20532, in *D&G,* 2008, ha affermato che «Per la determinazione della natura (subordinata

Oltre il programma contrattuale concordato dalle parti, nella loro autonomia, vi è la condizione che l'esecuzione sia compiuta dal prestatore rispettando la regola d'arte. Il richiamo legislativo appena citato consente di introdurre, *ope legis,* all'interno della struttura del contratto l'obbligo del lavoratore di rispettare le modalità di esecuzione e risultato generalmente richieste per la specifica attività dedotta in contratto. In sostanza, «il richiamo alle regole d'arte serve ad introitare nel regolamento contrattuale il parametro della diligenza nell'esecuzione della prestazione, perché impone all'obbligato di svolgere la sua attività nel rispetto dei principi di prudenza e perizia che devono informare qualunque regolamento contrattuale»[70].

7. *La diligenza del prestatore d'opera.* – In via preliminare, l'art. 1175 c.c. impone alle parti di un rapporto obbligatorio il dovere di comportarsi secondo correttezza[71]. Tale dovere si specifica in molteplici obblighi, previsti dall'ordinamento nella disciplina dei singoli rapporti sia a carico del debitore sia a carico del creditore. Se «il comportamento secondo correttezza è imposto tanto al debitore quanto al creditore, […] il criterio specifico per valutare la condotta dell'obbligato è la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176, 1° co.), e la diligenza richiesta dalla natura dell'attività quando si tratti di una obbligazione inerente ad una attività professionale»[72]. In tale ottica, la diligenza e il dovere di correttezza assumono la veste di clausole

ovvero autonoma) del rapporto di lavoro occorre verificare la sussistenza dei parametri normativi desumibili dall'art. 2094 c.c., secondo cui gli elementi che differenziano il lavoro subordinato dal lavoro autonomo sono l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare datoriale, con conseguente limitazione della sua autonomia e suo inserimento nell'organizzazione aziendale. In particolare, tali parametri vanno apprezzati rispetto alle peculiarità dell'incarico conferito al prestatore d'opera, atteso che, in linea di principio, il potere direttivo deve estrinsecarsi in ordini specifici, perché è soltanto attraverso di essi, (e mediante non solo direttive di carattere generale configurabili anche nel lavoro autonomo), che viene assicurata la cd. conformazione della prestazione del lavoratore subordinato rispetto alle esigenze dell'impresa».

[70] E. SENA, *Commento sub art. 2224 c.c.,* cit., p. 683.

[71] Rileva P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato,* cit., p. 506, che «La norma che prescrive un comportamento secondo correttezza ai soggetti nel rapporto obbligatorio racchiude uno dei principali fondamenti dell'ordinamento giuridico nella materia dei rapporti privati. Nella formulazione originaria la norma conteneva il rinvio ai principi della solidarietà corporativa , e dal rinvio poteva trarsi l'ulteriore conferma che la clausola generale della correttezza conferisce al giudice un largo potere di apprezzamento, consentendogli per quella via di spiegare un penetrante controllo dei rapporti obbligatori privati. Valutati alla stregua del criterio, i rapporti vengono ricondotti ad una misura di poteri e di doveri adeguata alle esigenze del sistema, ora nel senso della conservazione ora nel senso dell'innovazione, a seconda della tendenze della società politica rispecchiate nell'attività dei giudici».

[72] Cfr. P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato,* cit., p. 506.

generali[73] regolanti l'andamento dei rapporti obbligatori e – «arricchite di valori che si rinvengono non soltanto nella realtà sociale, ma nei principi normativi di rilevanza gerarchicamente superiore, siano essi costituzionali, comunitari o internazionali»[74] - assumono colori e contorni differenti nelle vari specificazioni che si rintracciano nell'ordinamento[75]. Ragioni di economia e coerenza dell'opera impongono di non approfondire ulteriormente i profili generali dell'adempimento e di dirigere la ricerca sulle specificità dell'esecuzione richiesta al prestatore d'opera.

Tale soggetto, non essendo vincolato da alcun legame di subordinazione con il creditore, assume l'obbligo di dover eseguire la prestazione, come detto, in modo conforme a quanto previsto nel programma contrattuale e in aderenza alle regole dell'arte. Regole che dunque costituiscono, congiuntamente al rispetto del programma contrattuale concordato dalle parti, la principale obbligazione del prestatore; regole che, inoltre, impongono al prestatore di eseguire l'obbligazione

[73] Rileva P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo – comunitario delle fonti,* cit., p. 223, in merito alla «tecnica delle clausole generali», che «Legiferare per clausole generali vuol dire lasciare al giudice, all'interprete, una maggiore possibilità di adeguare la norma alle situazioni di fatto. Si pensi alle nozioni di ordine pubblico (artt. 1343 c.c. e 16 l. 31 maggio 1995, n. 218), buon costume (artt. 1343 e 2035 c.c.), solidarietà (art. 2 Cost.). A queste si possono aggiungere, tra le altre, quelle di equità, diligenza e correttezza nell'adempimento (artt. 1176 e 1117 c.c.) e di buona fede nel contratto (artt. 1337, 1366, e 1375 c.c.). Tali clausole fanno oramai parte dell'ordinamento, nella materia sia delle obbligazioni sia dei contratti, sì che è inutile una loro ripetuta previsione (che crea soltanto l'illusione di risolvere i problemi specifici del settore, mentre offre in concreto parametri di valutazione incerti)».

[74] Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo – comunitario delle fonti,* cit., p. 286.

[75] Cass. civ., 20 novembre 2009, n. 24544, in *neldiritto.it,* ha rilevato che «la responsabilità professionale degli avvocati deriva dall'obbligo (1176, 2° comma e 2236 cod. civ.) di assolvere, sia all'atto del conferimento del mandato che nel corso dello svolgimento del rapporto (anche) ai doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, ai quali sono tenuti: a rappresentare tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi; di chiedergli gli elementi necessari o utili in suo possesso; a sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole. Così la responsabilità professionale nasce nelle ipotesi di inadeguata o insufficiente attività come difensore, per omissione di impugnazioni, ecc., o nella violazione di regole ricavabili dal codice deontologico, come quelle del mancato assolvimento dell'obbligo di dare al cliente le informazioni chieste e della violazione del segreto professionale». In sostanza, la Corte di Cassazione ha chiarito come il fondamento della responsabilità professionale debba essere rintracciato nella lettura combinata delle norme generali che regolano l'adempimento delle obbligazioni in generale e dei principi che disciplinano l'adempimento di obblighi specifici.

usando la diligenza connessa alla natura dell'attività esercitata[76] (*ex* art. 1176, comma secondo, c.c.); regole che, infine, inseriscono il comportamento diligente del lavoratore autonomo nell'oggetto del contratto, «con la conseguenza che un comportamento non conforme a detti principi

[76] Si rinvia a E. SENA, *Commento sub art. 2224 c.c.,* cit., p. 683, che rileva come il tipo di diligenza richiesto al prestatore d'opera sia, *ex* art. 1176, comma 2°, c.c. sia legata alla natura dell'attività esercitata «e non quella generica del *bonus pater familias*. Ulteriormente, si rinvia a G. GIACOBBE – D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera,* cit., pp. 142 ss., ove si sostiene che, «se il lavoratore subordinato, che svolge la propria attività dentro l'impresa, deve comportarsi con la diligenza necessaria a realizzare i fini produttivi della azienda nella quale lavora, il prestatore di lavoro autonomo, nei limiti delle comuni regole d'arte, è tenuto ad assicurare un risultato tecnico conforme alle esigenze del committente. Da ciò deriva che non è sufficiente che egli esegua la prestazione secondo le norme generali della diligenza del buon padre di famiglia, essendo necessario che l'esecuzione sia comunque astrattamente idonea a soddisfare l'interesse del committente». Si veda, sul punto, Cass. civ., 11 novembre 2004, n. 21421, in *Giust. civ.,* Mass., 2004, 11, ove si chiarisce che «Il prestatore d'opera per adempiere esattamente l'obbligo assunto, deve eseguire l'opus a regola d'arte e secondo gli accordi intervenuti, ma, salvo il caso di una pattuizione dettagliata e completa dell'attività da svolgere, egli deve anche compiere tutte quelle attività ed opere che secondo il principio di buona fede e l'ordinaria diligenza dell'*homo eiusdem condicionis ac professionis* sono funzionali al raggiungimento del risultato voluto. Pertanto, se il contratto d'opera ha ad oggetto la riparazione di una macchina non funzionante, il prestatore è tenuto ad effettuare tutti quegli interventi imposti dalle conoscenze e capacità tecniche che egli deve possedere al fine di renderla funzionante non in modo precario; né a limitare l'oggetto delle sue prestazioni può valere la richiesta del committente di "voler risparmiare"»; Cass. civ., sez I, 29 ottobre 2010, n. 22147, in *Giust. Civ.,* Mass., 2010, 10, 1386, ove si chiarisce che «In tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziari, può dar luogo a responsabilità contrattuale, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento. Pertanto, è sufficiente che l'investitore alleghi da parte dell'intermediario l'inadempimento delle obbligazioni poste a suo carico dall'art. 21 d.lg. n. 58 del 1998 (integrato dalla normativa secondaria) e che provi che il pregiudizio lamentato consegua a siffatto inadempimento; l'intermediario ha invece l'onere di provare d'aver rispettato i dettami di legge e di avere agito con la specifica diligenza richiesta. Si veda, ulteriormente, una recente giurisprudenza di merito, Tribunale di Monza, 11 gennaio 2012, che sancisce come «Merita accoglimento la domanda risarcitoria formulata in relazione al danno da "vacanza rovinata", nell'ipotesi in cui quanto prospettato nel pacchetto turistico all inclusive ed acquistato (dai clienti), non risulti corrispondere a verità, una volta che gli stessi siano giunti a destinazione. La vendita di un pacchetto turistico impone, difatti, al tour operator l'adempimento degli obblighi contrattuali alla stregua dei principi generali dettati dal c.c. richiedendosi a tal fine, un comportamento improntato a buona fede e l'applicazione della diligenza professionale dovuta da un imprenditore nell'esercizio di un'attività commerciale».

determina inadempimento contrattuale, secondo quanto previsto dall'art. 1218 c.c.»[77].

In sostanza, il richiamo alla regola d'arte completa il contenuto contrattuale e rende il prestatore d'opera obbligato ad una esecuzione che sia fornita di adeguata diligenza, commisurando quest'ultima a parametri di riferimento oggettivi. Parametri che guardino alla cautela, intesa quale osservanza di comportamenti che possano soddisfare gli interessi del creditore tutelato; alla legalità, intesa come rispetto delle regole giuridiche al cui espletamento è subordinato il soddisfacimento dell'interesse creditorio; alla cura, intesa come attenzione al perseguimento dell'interesse creditorio; alla perizia, traducibile nell'impiego di adeguate nozioni e strumenti tecnici[78]. Quindi, il prestatore appare obbligato ad un'attività esecutiva che rispetti il generale criterio di diligente esecuzione dell'obbligazione che, in dottrina, è stato tradotto come l'impiego «normalmente adeguato», da parte del debitore, «delle energie e dei mezzi utili al soddisfacimento dell'interesse del creditore»[79].

Inoltre, nel contratto d'opera «assume particolare rilievo la perizia del lavoratore, ovvero la sua capacità di utilizzare al meglio le nozioni e gli strumenti tecnici necessari ad un esatto adempimento della prestazione

[77] Si veda sul punto G. GIACOBBE – D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera,* cit., pp. 142 ss.

[78] Nota E. SENA, *Commento sub art. 2224 c.c.,* cit. p. 683, che «Perizia e diligenza non sono infatti nozioni distinte, in quanto la prima è una estrinsecazione della seconda e riprova ne è il fatto che la maggiore diligenza richiesta per lo svolgimento di attività professionali comporta proprio l'utilizzo di specifiche conoscenze tecniche di cui non può disporre chiunque, ma soltanto un soggetto esperto di quello specifico ramo lavorativo […]». Per una completa disamina della disciplina dell'adempimento si rinvia a C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione,* cit., pp. 92 ss.; F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti,* cit., 2006; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo – comunitario delle fonti,* cit.. U. BRECCIA, *Le obbligazioni,* in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano 1991, p. 230, nota che «Tra le disposizioni generali in materia di obbligazioni il legislatore ha posto in prima evidenza la regola della correttezza (art. 1175). È questo un criterio di valutazione del comportamento di entrambe le parti: non soltanto del debitore, ma anche del creditore. La diligenza rileva, invece, per espressa previsione della norma successiva, soltanto con riguardo al debitore, ossia alla prestazione dovuta e alla sua natura (art. 1176, 1° e 2° comma). […] la legge fa anche implicito riferimento alla conoscenza e all'applicazione delle regole tecniche richieste soprattutto, seppur non esclusivamente, da talune specifiche attività professionali; ma si può dire che in generale la diligenza nell'adempimento è criterio che si specifica sempre in funzione del titolo e della natura del rapporto (art. 1776, 2° comma). In una nozione tanto ampia, nella quale trova espressione un orientamento in gran parte ignorato dalla tradizione che culminò nella codificazione napoleonica, è ricompreso pertanto anche il concetto di perizia, che ha un carattere più estrinseco e più oggettivo». Per un'ampia analisi della codificazione napoleonica mi sia permesso rinviare a F. MARINELLI, *La cultura del Code Civil. Un profilo storico,* Padova 2004.

[79] Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione,* cit., pp. 90 ss.

dovuta – perizia oggettiva – e il possesso da parte sua delle abilità a ciò necessarie – perizia soggettiva»[80]. Di conseguenza, il criterio speciale di valutazione dell'adeguatezza della prestazione del lavoratore autonomo è costituito dalla regola d'arte, e andrà valutato in funzione della diligenza richiesta in funzione della natura della attività svolta dal prestatore e della sua preparazione professionale, che dovrà essere corrispondente con la preparazione professionale mediamente richiesta ad un qualsiasi soggetto che eserciti la medesima attività.

In questo senso, la diligenza del lavoratore autonomo trova il suo fondamento in riferimenti oggettivi, secondo una logica estendibile ad ogni obbligazione di *facere*[81], e si concreta nella circostanza che chi «esercita un mestiere o una professione deve anche rispettarne le regole interne di svolgimento»[82]; inoltre, dovrà essere valutata guardando all'adeguatezza del

[80] Così E. SENA, *Commento sub art. 2224 c.c.,* cit., p. 683, la quale rileva ulteriormente che «la nozione di diligenza viene quindi ad essere particolarmente ampia in quanto essa viene misurata non solo rispetto al comportamento tenuto dal prestatore, ma anche in relazione alla oggettiva conformità dell'opera a quanto richiesto in sede contrattuale». In materia di diligente adempimento, *ex* art. 1176, comma 2, c.c., la Suprema Corte di Cassazione, Cass. civ., 15 febbraio 2007, n. 3462, in *Giust. Civ.,* Mass. 2007, 6, «Incorre in responsabilità il debitore che, nell'adempimento delle obbligazioni inerenti l'attività professionale esercitata, mantenga una condotta non conforme alla diligenza dovuta in relazione alle circostanze concrete del caso, con adeguato sforzo volitivo e tecnico impiego delle energie e dei mezzi normalmente obiettivamente necessari utili all'adempimento della prestazione dovuta e al soddisfacimento dell'interesse creditorio, nonché ad evitare possibili eventi dannosi». (Con riferimento a contratto di trasporto, marittimo di persone la S.C. ha ritenuto che correttamente il giudice di pace aveva considerato violato, da parte del vettore professionale, l'obbligo di particolare diligenza richiesto dall'art. 1176, comma 2, c.c., per aver intrapreso il viaggio nonostante le previsioni di condizioni meteorologiche particolarmente avverse rendessero incerto il rientro pomeridiano, giacché, pur se le stesse ebbero a manifestarsi con una violenza ancora maggiore del previsto, "indipendentemente dalla tromba d'aria" la motonave adibita al trasporto non aveva comunque la capacità di affrontare il mare mosso con un carico di 300 passeggeri con il vento forza 7, e neanche con vento forza 4. Nel confermare l'impugnata sentenza di risoluzione del contratto e condanna al risarcimento dei danni subìti dai passeggeri per l'impossibilità del rientro in serata sul continente ed il forzato pernottamento di fortuna nel luogo di destinazione, peraltro privo di alberghi, la S.C. ha enunziato il principio di cui in massima).

[81] Si veda A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali,* cit., pp. 262 ss.

[82] Cfr. A. PERULLI, *op. ult. cit.,* p. 263, il quale sostiene ulteriormente che, «in sostanza, dunque, rispetto alle obbligazioni relative alla prestazione d'opera, la diligenza non solo va intesa in senso oggettivo, ma assume un significato maggiormente comprensivo, essendo adoperata per indicare non semplicemente un atteggiamento volontaristico o anche un sforzo della volontà del prestatore, bensì una esecuzione esperta della prestazione e, quindi, l'adeguatezza del suo risultato a quanto specificamente richiesto dal rapporto obbligatorio».

risultato della prestazione rispetto a quanto pattuito dalle parti. In tale ottica, «si deve ritenere che la diligenza del prestatore di lavoro rientri fra i modi di essere della prestazione e ne qualifichi la personale capacità lavorativa. Di conseguenza, costituendo essa adempimento dell'obbligazione, la diligenza si pone come requisito essenziale dell'oggetto del contratto»[83].

Ciò considerato, il recente recepimento di alcune discipline derivanti dalla dimensione comunitaria e, più generalmente, i principi generali di tale disciplina, introducono nuovi criteri di valutazione della adeguata diligenza del prestatore d'opera. Tale soggetto, infatti, rientrando nell'ampia categoria del professionista, dovrà confrontarsi con le regole specifiche previste per disciplinare i rapporti obbligatori tra la propria categoria di appartenenza e la classe dei consumatori. Si noti che il legislatore europeo tende soprattutto a favorire l'effettivo funzionamento del mercato interno. Un mercato in cui «lo specifico tratto dell'azione comunitaria […] veda la politica della concorrenza e quella della tutela del consumatore completarsi e combinarsi in una visione nella quale entrambe le discipline mirano a promuovere il benessere del consumatore»[84]. In tale ottica, il bene giuridico che s'intende tutelare è la libertà di scelta o di comportamento del consumatore; bene che può essere tutelato soltanto attraverso una corretta comunicazione informativa, in grado di garantire un mercato concorrenziale[85]. Il legislatore si propone di sanare il conflitto tra consumatori e professionisti facendo ricorso ad un insieme di norme aventi lo scopo di stabilire alcuni principi fondamentali attinenti al buon funzionamento dei mercati. Egli persegue l'obiettivo di elaborare uno statuto delle relazioni di mercato improntato al rispetto della correttezza; un mercato concorrenziale e socialmente compatibile, in cui contemperare l'interesse del consumatore e del professionista[86] attraverso la costruzione di

[83] Cfr. G. GIACOBBE – D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera,* cit., p. 146.

[84] V. FALCE, *Appunti in tema di disciplina comunitaria sulle pratiche commerciali sleali,* in *Riv. dir. comm.*, 2009, IV-V-VI, p. 442.

[85] T. PICA, *La pratiche commerciali ingannevoli,* in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino 2009, p. 161, rileva che «Uno dei profili sui quali si innesta la maggiore tutela degli interessi economici dei consumatori, è il riconoscimento, ribadito e consolidato, del loro diritto alla corretta informazione. Solo un'informazione accessibile, comprensibile, trasparente e veritiera è in grado di garantire un mercato concorrenziale animato da consumatori che adottano decisioni libere e consapevoli».

[86] Si rinvia a V. FALCE, *Appunti in tema di disciplina comunitaria sulle pratiche commerciali sleali,* in *Rivista del diritto commerciale*, *ivi*, 2009, IV-V-VI, p. 442, la quale chiarisce che «Con ciò il legislatore si ripromette di risolvere il conflitto tra imprenditori e consumatori ricorrendo ad un *corpus* di principi fondamentali attinenti al buon funzionamento dei mercati, e non più e solo alla composizione di singole ipotesi di contrasto di volta in volta emergenti. Coerentemente, e in sintesi, il principio di correttezza professionale tende a valorizzare un modello di mercato concorrenziale e socialmente compatibile, in cui l'interesse del

uno statuto della correttezza professionale regolante i rapporti e i conflitti all'interno dei mercati. Di conseguenza, il concetto di diligenza andrà elaborato attraverso un'analisi che guardi anche ai fattori che stanno mutando radicalmente la funzione degli istituti giuridici, considerato che il contratto d'opera si inserisce nella più ampia dimensione del lavoro e, quindi, risente dell'attenzione che in tale ambito si presta (o, quantomeno, si dovrebbe prestare) alla persona umana[87].

8. *La responsabilità del prestatore d'opera.* – L'andamento dell'esecuzione introduce, di seguito, la problematica legata al suo irregolare esplicarsi, ossia l'argomento dell'inadempimento contrattuale e dei relativi rimedi[88]. Rinviando l'esposizione in merito all'inadempimento del contratto d'opera (vedi *infra* par. 17), occorre ora analizzare gli aspetti relativi alla speciale responsabilità per vizi e difformità dell'opera.

Si noti che il legislatore storico, nel dettare la disciplina delle fattispecie riconducibili nell'ambito dell'antica *locatio operis*, ha inteso assoggettare alle medesime regole l'esecuzione del prestatore d'opera e dell'appaltatore[89]. Di conseguenza, al fine di ricostruire il contenuto della responsabilità del prestatore d'opera, risulta utile qualche cenno alla

professionista e quello del consumatore vanno contemperati alla luce di un ampio principio di proporzionalità».

[87] Si veda, sul punto, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo – comunitario delle fonti,* cit., p. 286 e p. 551, ove l'Autore afferma come «Una pur sommaria indagine storico – comparativa consentirebbe di puntualizzare che, nonostante il formale mantenimento degli istituti classici, essi, sia per la mutata struttura dei rapporti economici di base sia per una diversa ideologia dell'ordinamento giuridico, hanno mutato radicalmente funzione. Ciò è agevolmente riscontrabile, anche presso di noi, specie nell'opera per così dire di riempimento delle clausole generali: così, ad esempio, la diligenza nel rapporto di lavoro subordinato (artt. 1176, comma 2, e 2104 c.c.)».

[88] Nell'analizzare l'inadempimento, rileva V. ROPPO, *Il contratto,* cit., p. 953, che «L'inadempimento può presentarsi con mille volti diversi, nello specifico contesto del rapporto contrattuale litigioso: in relazione alle circostanze di questo, alla natura della prestazione inadempiuta, alle modalità di condotta dell'inadempiente, alla situazione di controparte, ad altri fattori ancora. Può essere inadempimento radicale e definitivo, adempimento parziale, ritardo nell'adempimento, adempimento qualitativamente difettoso. Può essere inadempimento che si consuma una volta per tutte, o inadempimento che continua nel tempo».

[89] Come si nota nella *Relazione al Codice Civile,* 915, «la disciplina del contratto d'opera solo in parte coincide con quella data dal libro delle obbligazioni al contratto di appalto. Coincidenti sono le norme in tema di esecuzione dell'opera (art. 2224 e 1662, secondo comma), di accettazione della medesima (art. 2226, primo comma, e 1667, primo comma), di garanzia per i suoi difetti (art. 2226, terzo comma, e 1668), di recesso unilaterale dal contratto (art. 2227 e 1671).

disciplina della responsabilità dell'appaltatore[90]. Stabilisce l'art. 1667 c.c. che *l'appaltatore è tenuto alla garanzia per la difformità e i vizi dell'opera* e che *la garanzia non è dovuta se il committente ha accettato l'opera e le difformità o i vizi erano da lui conosciuti o erano riconoscibili, purché, in questo caso, non siano stati in mala fede taciuti dall'appaltatore.* La norma appena richiamata, unitamente ai successivi artt. 1668[91] e 1669[92] c.c., detta la disciplina della garanzia dell'appaltatore in caso di vizi e difformità dell'opera eseguita; detta, in sostanza, la disciplina della responsabilità dell'appaltatore[93], introducendo un modello di responsabilità cosiddetta speciale in relazione alle difformità e ai vizi dell'opera o del servizio realizzati[94]. In tale ottica, s'intende per difformità il risultato di un

[90] Anche nel contratto di appalto il debitore è tenuto ad eseguire il contratto nel rispetto della regola d'arte. Infatti, il mancato rispetto di tale regola influisce sul corrispettivo previsto dal contratto stesso e determina il riconoscimento al committente del danno derivante da lavori inesatti. Si veda, sul punto, anche Trib. Roma, sez. XII, 30 giugno 2002, in *dejure.giuffrè.it*, ove si sostiene come, «posto che dagli accertamenti sui lavori risulta che gli stessi non siano stati eseguiti a regola d'arte, con conseguente minor valore delle opere eseguite e del costo necessario per la loro eliminazione, il corrispettivo dell'appalto deve essere ridotto in misura corrispondente e correlativamente deve essere dovuto alla committente il risarcimento del danno causato da lavori inesatti».

[91] *Il committente può chiedere che le difformità o i vizi siano eliminati a spese dell'appaltatore, oppure che il prezzo sia proporzionalmente diminuito, salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore.*
Se però la difformità o i vizi dell'opera sono tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, il committente può chiedere la risoluzione del contratto.

[92] *Quando si tratta di edifici o di altre cose immobili destinate per la loro natura a lunga durata, se, nel corso di dieci anni dal compimento, l'opera, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovina in tutto o in parte, ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti, l'appaltatore è responsabile nei confronti del committente e dei suoi aventi causa, purché sia fatta la denunzia entro un anno dalla scoperta.*
Il diritto del committente si prescrive in un anno dalla denunzia.

[93] Si veda, sul punto, M. C. CERVALE, *La responsabilità dell'appaltatore,* Milano 1999. Mi sia permesso rinviare anche a F. MARINELLI, *Il ruolo della colpa nella disciplina dell'inesatto adempimento dell'appaltatore,* in *Domenico Rubino. Singole fattispecie negoziali,* II, a cura di P. Perlingieri e S. Polidori, Napoli 2009, pp. 983 ss.

[94] L'indagine che si intende proporre nel presente volume non intende approfondire il profilo della specialità della responsabilità dell'appaltatore per vizi e difformità dell'opera. Tuttavia, appare opportuno ricordare come in dottrina (Rubino) sia stato sostenuto che le speciali regole contenute nell'art. 1667 c.c. e nell'art. 1668 c.c. dovrebbero derogare alle norme generali in materia di inadempimento del contratto. Al contrario, in giurisprudenza, Cass., 29 agosto 1963, n. 2398, in *Giust. civ.,* 1964, I, p. 153, con nota di F. VOLTAGGIO LUCCHESI, *In tema di parziale inesecuzione dell'appalto,* è stato chiarito che «i principi generali in materia di inadempimento trovano applicazione anche in materia di appalto, in quanto le disposizioni speciali (artt. 1667, 1668, 1669 c.c.) in tema di inadempimento integrano, ma non escludono i principi generali in tema di mancato adempimento delle obbligazioni». La Suprema Corte di Cassazione, Cass., 9 marzo 1968, n. 791, in *Rep. Giust. civ.,* 1968, voce *Appalto,* nn. 19-35, ha poi precisato che «le disposizioni speciali che regolano l'adempimento dell'appalto, salvo che non contengano

processo comparativo fra l'essere (l'opera realizzata) e il dover essere (l'opera come doveva essere realizzata nelle pattuizioni delle parti) contrattuale[95]; i vizi, invece, rendono l'*opus* realizzata differente dall'opera o dal servizio che si sarebbe dovuto realizzare in conformità alle regole dell'arte e alla natura delle cose[96]. Di conseguenza, l'appaltatore sarà, da un lato, tenuto ad eseguire la prestazione contrattuale nel rispetto del generale dovere di correttezza e del generale dovere di diligenza richiesto dall'art. 1176, comma secondo, c.c.; dall'altro, dovrà cercare di realizzare un'opera o un servizio che siano corrispondenti a quanto concordato dalle parti e esenti da vizi (siano essi vizi del diritto – in quanto attinenti a prescrizioni normative – o vizi materiali)[97].

---

una espressa deroga alle disposizioni generali sui contratti, costituiscono sostanzialmente estrinsecazione e integrazione di tali principi. Ne consegue che il disposto dell'art. 1668 c.c. va coordinato con quello dell'art. 1455 dello stesso codice». Per una più ampia ricostruzione in merito agli esposti profili della responsabilità dell'appaltatore, mi sia concesso rinviare ancora a F. MARINELLI, *Il ruolo della colpa nella disciplina dell'inesatto adempimento dell'appaltatore,* cit., 990 ss.

[95] Cfr. Cass., 27 aprile 1957, n. 1423, in *Giust. Civ.,* 1957, I, ove si enuncia che «La difformità consiste in una discordanza dell'opera , così come essa è stata eseguita, dalle prescrizioni contrattuali; è una diversità tra l'eseguito ed il pattuito, fra l'opera come è stata compiuta e come sarebbe dovuta essere in base al contratto» In aderenza alla citata giurisprudenza, M.C. CERVALE, *La responsabilità dell'appaltatore,* cit., p. 78, rileva che «per difformità deve intendersi qualsiasi discordanza dalle prescrizioni contrattuali».

[96] Cfr. ancora Cass., 27 aprile 1957, n. 1423, in *Giut. Civ.,* 1957, I, ove è chiarito che «I vizi attengono alla modalità di esecuzione delle singole parti dell'opera, che risultano costruite senza l'osservanza delle regole dell'arte o che siano manchevoli di quei particolari di fattura, che normalmente ineriscono ad una determinata opera». In dottrina, sempre M. C. CERVALE, *La responsabilità dell'appaltatore,* cit., p. 78, nota che «Il vizio consiste in una alterazione morfologica e funzionale, in un grave difetto che impedisce il buon funzionamento e l'appropriata utilizzazione dell'opera o del servizio e che, perciò, ne diminuisce l'utilità, il pregio, il valore».

[97] In proposito, si rinvia a Cass. civ., Sez. II, 18 maggio 2011, n. 10927, ove si stabilisce il principio che, «In tema di contratto di appalto, la responsabilità dell'appaltatore per i vizi dell'opera sussiste ancorchè essi siano riconducibili ad una condizione posta in essere da un terzo (nella specie la diversa impresa esecutrice dei lavori di sottofondo del pavimento poi completato dall'appaltatore), essendo invero questi tenuto verso il committente, per aver assunto un'obbligazione di risultato e non di mezzi, a realizzare l'opera a regola d'arte e rispondendo anche per le condizioni imputabili allo stesso committente o a terzi se, conoscendole o potendole conoscere con l'ordinaria diligenza, non le abbia segnalate all'altra parte, nè abbia adottato gli accorgimenti opportuni per far conseguire il risultato utile, salvo che, in relazione a tale situazione, ottenga un espresso esonero di responsabilità». Ulteriormente, si veda Cass. civ., Sez. II, 23 maggio 2000, n. 6682, in *dejure.giuffrè.it*, ove si chiarisce che «In tema di riconoscimento dei vizi dell'opera da parte dell'appaltatore, l'art. 1667 c.c. (applicabile, *in parte qua*, anche nel caso dei gravi difetti di cui all'art. 1669 c.c.), equipara, alla denuncia, il riconoscimento del vizio, pur se successivo al termine di decadenza stabilito per la denunzia stessa da parte dell'appaltante, con la conseguenza che quest'ultimo non perde il diritto alla garanzia, non essendo normalmente prescritto che l'uno debba avvenire entro il termine

In sostanza, il combinato disposto delle citate norme introduce un criterio specifico disciplinante l'esecuzione dell'appaltatore, tenuto a realizzare un *opus* conforme alle previsioni contrattuali e priva di vizi, perché garante per le difformità e i vizi dell'opera, fino all'accettazione consapevole dell'opera stessa da parte del committente[98].

Ciò considerato, indirizzando nuovamente l'indagine verso la disciplina del lavoro autonomo, risulta utile richiamare l'art. 2226 c.c., il quale stabilisce che *l'accettazione espressa o tacita dell'opera libera il prestatore dalla responsabilità per difformità o per vizi della medesima, se all'atto dell'accettazione questi erano noti al committente o facilmente riconoscibili, purché in questo caso non siano stati dolosamente occultati.*

Tralasciando momentaneamente gli aspetti relativi all'accettazione dell'opera, su cui si tornerà tra breve (vedi *infra* par. 14), è opportuno rilevare come la formula legislativa introduca, anche nella disciplina del contratto d'opera, una speciale forma di responsabilità per vizi e difformità dell'opera, applicabile a margine della disciplina generale dell'inadempimento (vedi *infra* par. 18) che si decolora così a norma residuale[99]. Si noti che tale speciale forma di responsabilità trova applicazione nei casi in cui comunque vi sia l'effettiva esecuzione e il completamento di un'opera; e, quindi, nei casi in cui non vi sia inadempimento totale, ossia non manchi del tutto l'attività esecutiva del prestatore o l'opera non sia stata realizzata.

---

stabilito per l'altra»; si veda, inoltre, Cass. civ., 15 marzo 2004, n. 5250, in *dejure.giuffrè.it*, che «La garanzia dell'appaltatore per le difformità e i vizi dell'opera si configura non come garanzia in senso tecnico, ma come una esplicitazione particolare della comune responsabilità per inadempimento, attuabile – a scelta del committente – con riduzione proporzionale del prezzo o con l'eliminazione delle carenze a spese dell'appaltatore. Le due azioni non sono surrogabili l'una con l'altra, per cui se il committente non ha chiesto l'eliminazione dei vizi o delle difformità, può essere disposta soltanto la riduzione del prezzo pattuito. L'appaltatore, quindi, non può chiedere di eseguire spontaneamente le opere necessarie per l'eliminazione dei vizi se la relativa domanda non è stata proposta dal committente, mentre può procedere alla detta eliminazione, prima della sentenza, se il committente ha chiesto la condanna dell'appaltatore al pagamento della somma occorrente».

[98] Rileva O. CAGNASSO, *L'appalto,* cit., p. 709, che «L'appaltatore è tenuto alla garanzia per le difformità e i vizi dell'opera, cioè in ipotesi di violazione delle regole imposte dalla tecnica o di violazione delle prescrizioni pattuite per l'esecuzione dell'opera. Dopo l'accettazione dell'opera, la garanzia è dovuta esclusivamente per i vizi e le difformità non conosciuti e non conoscibili da parte del committente (al momento della verifica o dell'accettazione, se non è avvenuta la verifica) e per i vizi e le difformità comunque taciuti in mala fede dall'appaltatore».

[99] Si veda A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali,* cit., pp. 284 ss.

9. *Il corrispettivo: determinazione e modalità di pagamento.* – L'obbligazione del prestatore si definisce compiutamente attraverso l'analisi del combinato disposto degli artt. 2224 e 2226 c.c., i quali delimitano il contenuto dell'obbligazione configurabile in capo al prestatore medesimo e le modalità esecutive della stessa. Se l'art. 2224 c.c. stabilisce le regole dell'esecuzione della prestazione di lavoro autonomo e l'art. 2226 c.c. definisce i limiti della responsabilità del lavoratore autonomo, l'art. 2225 c.c. sancisce che il committente è tenuto a pagare al lavoratore medesimo il corrispettivo. Tale corrispettivo, consistente nella principale obbligazione del committente, conferisce al contratto d'opera il carattere del negozio oneroso[100] e, *se non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe professionali o gli usi, è stabilito dal giudice in relazione al risultato ottenuto e al lavoro normalmente necessario per ottenerlo.*

Il corrispettivo, che il committente è tenuto a pagare al prestatore di lavoro in seguito alla avvenuta realizzazione dell'utilità oggetto del contratto d'opera[101], si caratterizza per avere delle qualità ben definite che lo differenziano dalla retribuzione del lavoratore subordinato e dal corrispettivo dell'appaltatore.

Con riferimento al primo aspetto, in dottrina, si discute la valenza che il corrispettivo deve assumere all'interno dello schema contrattuale concordato dalle parti. Se, da un lato, è stato sostenuto che il contratto di lavoro autonomo mantiene delle peculiarità, consistenti in una struttura originaria fondata sulla sostanziale equivalenza tra prestazione di lavoro ed il suo compenso, con conseguente esclusione dell'applicabilità dell'art. 36 Cost.[102]; dall'altro, è stato osservato come la disciplina del contratto d'opera evidenzi la peculiarità del negozio, che quale manifestazione concreta del rapporto di lavoro autonomo, si inserisce nell'ambito del complesso e articolato mondo dell'attività umana, e, di conseguenza, consiste nello strumento indispensabile al prestatore di lavoro per adempiere al

[100] Si noti che l'onerosità o la gratuità del contratto rileva ai fini della definizione della causa negoziale. Infatti, si parla di contratti caratterizzati da causa onerosa e di contratti caratterizzati da causa gratuita. Si veda, sul punto, V. ROPPO, *Il contratto,* cit., p. 436, il quale afferma che «nei contratti onerosi la causa è lo scambio, ed è una causa forte e chiara. Nei contratti gratuiti è una causa meno chiaramente percepibile (come il vantaggio empirico di chi presta gratuitamente); oppure una causa debole, come il soggettivo spirito di liberalità del disponente, e allora questa debolezza causale richiede elementi integrativi (la forma, la consegna). Reciprocamente, l'identificazione della causa (concreta) del contratto può essere decisiva per definirne la natura onerosa o gratuita».

[101] Tale assunto si desume da quanto esposto in merito all'accettazione dell'opera. In dottrina, L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo,* cit., p. 175, afferma che, «per il prestatore d'opera, il diritto al corrispettivo sorge una volta completamente adempiuta la prestazione e con l'accettazione del suo risultato da parte del committente».

[102] In tal senso L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo,* cit., p. 175.

sostentamento proprio e della propria famiglia, assicurandosi così un'esistenza dignitosa e libera dal bisogno[103].

Chi esclude che al lavoro autonomo siano applicabili i principi contenuti all'interno dell'art. 36 della Carta costituzionale argomenta la propria teoria sostenendo come tale circostanza risulti «confermata quando si consideri la determinazione del corrispettivo cui il lavoratore autonomo ha diritto, in quanto vediamo valorizzata al massimo quell'autonomia individuale che, per il lavoratore subordinato, si vuole soggetta a tassative limitazioni»[104]. Chi, al contrario, ritiene che i principi dell'art. 36 Cost. siano estendibili ad una definizione ampia di lavoro, e non soltanto al lavoro subordinato, pur concordando che la retribuzione del prestatore autonomo debba essere proporzionata al risultato convenuto dalle parti e raggiunto attraverso l'attività lavorativa, afferma che, «in considerazione del fatto che il lavoratore […] si trova, comunque, in una condizione di inferiorità, rispetto alla posizione del committente […] sembra potersi ritenere applicabile, al relativo rapporto, l'art. 36 Cost., che pone una garanzia in ordine all'effettiva congruità della retribuzione rispetto alle esigenze del lavoratore»[105].

---

[103] Così G. GIACOBBE – D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera,* cit., p. 166.

[104] Cfr. L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo,* cit., p. 176, la quale argomenta ulteriormente che l'articolo 2225 c.c., «analogo all'art. 1657 relativo al contratto di appalto, parte infatti dalla presunzione che il corrispettivo sia convenuto dalle parti: siffatta determinazione soggettiva, pur non costituendo un elemento essenziale del contratto d'opera, è tuttavia considerata particolarmente opportuna, in quanto il corrispettivo deve sovente essere proporzionato a particolari qualità tecniche del prestatore d'opera in vista del risultato pattuito. Il corrispettivo può cioè essere stabilito dalle parti già al momento della stipulazione, oppure può rimanere semplicemente determinabile, stabilendosi solo il criterio in base al quale l'ammontare definitivo sarà in seguito computato e liquidato».

[105] Cfr. G. GIACOBBE – D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera*, cit., p. 170, i quali notano ulteriormente come «L'indicata esigenza appare, peraltro, già contenuta nella norma in commento, la quale, pur attribuendo rilievo preminente alla volontà delle parti nella determinazione del compenso, tuttavia prevede criteri suppletivi cui le parti stesse, o in mancanza il giudice, possono far ricorso per pervenire, comunque, ad una liquidazione. Segno evidente, codesto, di una valutazione del corrispettivo quale elemento connaturato al contratto d'opera come ad ogni rapporto di lavoro». Nota A. Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali,* cit., p. 269, che «Se è vero che i rapporti di lavoro autonomo, attuandosi nella forma della libera gestione delle energie lavorative, non offrono congrui dati di riferimento per l'applicazione dei requisiti qualificanti ed imprescindibili del corrispettivo *ex* art. 36 Cost., non è dunque altrettanto pacifico che nel lavoro subordinato la retribuzione – sia pure corretta in senso sociale – si ponga come elemento di per sé idoneo a qualificare il tipo. D'altronde è escluso che le modalità di corresponsione della retribuzione possano essere utilizzabili ai fini della qualificazione dello schema legale: la retribuzione in forma di provvigione, ad esempio, appare compatibile sia con il contratto di lavoro subordinato sia con il contratto di lavoro autonomo. Né è da sottovalutare, al fine di cogliere appieno le angolature potenzialmente comuni tra retribuzione e corrispettivo, il duplice riferimento dell'art. 36 Cost. alla

In giurisprudenza, è stato chiarito come «Il principio della retribuzione sufficiente di cui all'art. 36 cost. riguarda esclusivamente il lavoro subordinato e non può essere invocato in tema di compenso per prestazioni lavorative autonome, ancorché rese, con carattere di continuità e coordinazione, nell'ambito di un rapporto di collaborazione, assimilabile a quelle svolte in regime di subordinazione»[106].

Esposte le dovute generali precisazioni, occorre ora addentrarsi nelle modalità tecniche di calcolo del corrispettivo e cercare di specificare così le modalità concrete di calcolo del *quantum* dovuto al prestatore di lavoro autonomo in relazione alle capacità tecniche dallo stesso possedute e all'utilità oggetto del contratto. In tal senso, è opportuno notare come la lettera dell'art. 2225 c.c. introduca, quale principale fonte di individuazione del corrispettivo le previsioni contrattuali concordate dalle parti. Tuttavia, il citato articolo disciplina anche le ipotesi in cui il corrispettivo non sia direttamente pattuito dai contraenti, stabilendo che nei casi ove tale previsione manchi il corrispettivo va determinato secondo le tariffe professionali, gli usi o, in mancanza di essi, mediante intervento del giudice.

Lo schema di calcolo del corrispettivo appena esposto permette all'interprete di rilevare, preliminarmente, come la pattuizione del prezzo della prestazione non sia un elemento essenziale del contratto d'opera, che

---

proporzionalità e alla sufficienza: se quest'ultima è principio tipico del lavoro subordinato, la prima, intesa come parametro per un adeguato corrispettivo della quantità e qualità dell'attività lavorativa svolta, non può dirsi concretamente assente nel principio di determinazione giudiziale del corrispettivo del lavoro autonomo, come congruità del compenso *in relazione al risultato attenuto e al lavoro normalmente necessario per ottenerlo* (art. 2225 c.c.)».

[106] Cass. civ., 25 ottobre 2003, n. 16059, in *Giust. civ.,* Mass.*,* 2003, 10. In applicazione dell'esposto principio la Suprema Corte di Cassazione ha confermato la sentenza con cui era stata rigettata la domanda di un tecnico comunale, cui l'incarico era stato affidato, in forza di delibere comunali, con un compenso forfettario mensile fisso per alcune prestazioni e con un compenso relazionato alla tariffa professionale scontata per altre attività, volta a lamentare l'iniquità del trattamento retributivo. Si veda anche Cass., 28 gennaio 2003, n. 1223, in *Giust. civ.,* Mass., 2003, 191, ove la Suprema Corte precisa che «Il compenso per prestazioni professionali va determinato in base alla tariffa ed adeguato all'importanza dell'opera solo nel caso in cui esso non sia stato liberamente pattuito, in quanto l'art. 2233 c.c. pone una garanzia di carattere preferenziale tra i vari criteri di determinazione del compenso, attribuendo rilevanza in primo luogo alla convenzione che sia intervenuta fra le parti e poi, solo in mancanza di quest'ultima, e in ordine successivo, alle tariffe e agli usi e, infine, alla determinazione del giudice, mentre non operano i criteri di cui all'art. 36, comma 1, Cost., applicabili solo ai rapporti di lavoro subordinato. La violazione dei precetti normativi che impongono l'inderogabilità dei minimi tariffari (quale, per gli ingegneri, quello contenuto nella l. 5 maggio 1976 n. 340) non importa la nullità, ex art. 1418, comma 1, c.c., del patto in deroga, in quanto trattasi di precetti non riferibili ad un interesse generale, cioè dell'intera collettività, ma solo ad un interesse della categoria professionale».

rimane valido anche se nel suo contenuto non vi è alcuna previsione in merito. Altresì, il contratto d'opera, che si presume oneroso fino a prova contraria, può essere concluso anche a titolo gratuito; tuttavia, in tal caso «il rapporto così sorto a titolo gratuito esorbita dalla figura del contratto d'opera e cioè, come si dice normalmente, si snatura»[107]. L'onere di provare la gratuità è posto in capo al committente.

Si deve necessariamente notare come lo schema contrattuale appena esposto subisca attualmente numerose modifiche volte, in ragione di esigenze di tutela della concorrenza, di reale funzionamento dei mercati, di stimolo alla competitività dei prezzi e alla crescita economica, a incentivare procedure di individuazione del corrispettivo concordate dalle parti, anche al fine di garantire che il rapporto contrattuale sia improntato a criteri di efficienza economica e trasparenza. In tale ottica, si vuole abolire ogni forma di riferimento alle tariffe professionali e determinare, quale criterio di supplemento, tabelle ministeriali emanate per ogni specifica attività e destinate ad un'applicazione esclusivamente giudiziale. Sul punto, le attuali riforme in atto impediscono di svolgere ulteriori riflessioni perché, se è chiara la tendenza legislativa ed è chiara anche la *ratio* delle riforme proposte, ancora poco determinato e determinabile è, invece, il risultato concreto di esse e l'impatto che avranno sul sistema del lavoro autonomo nella quotidiana applicazione[108].

Con riferimento, invece, alla possibilità di intervento del giudice nella quantificazione del corrispettivo, si deve rilevare come il richiamo normativo a modalità di determinazione del compenso che impongono di

[107] Cfr. M. MISCIONE, *Del lavoro autonomo,* cit., p. 698.

[108] Vale la pena di ricordare, in nota, quale fosse il fondamento e la derivazione del sistema delle tariffe. Sul punto, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali,* cit., p. 272, afferma che «Il richiamo alle tariffe professionali, pur riguardando in particolare le prestazioni d'opera intellettuale, è operativo per ogni contratto d'opera riconducibile ad un'attività *lato sensu* professionale. Le tariffe […] sono fonti di varia natura, la cui efficacia dipende principalmente dall'organo che le emana (legislatore, Presidente della Repubblica, ministro, ordine professionale) e dalla forma con cui sono state emanate; peraltro, l'intervento del legislatore in materia tariffaria si va facendo sempre più rado, la legge essendo preferita solamente come fonte di determinazione dei criteri generali e della procedura da seguire per l'emanazione della tariffa. Per tariffe in senso tecnico non possono comunque intendersi i prezzi normalmente praticati da quel determinato prestatore d'opera. Esse possono variare nel tempo, e da luogo a luogo: il momento al quale occorre aver riguardo è quello della conclusione del contratto (e non della consegna dell'*opus*), mentre il luogo è quello della conclusione del contratto, tenendo presente che le tariffe locali prevalgono su quelle regionali o nazionali e derogano a queste ultime».

considerare il risultato ottenuto e il lavoro necessario ad ottenerlo siano una espressione dell'attenzione legislativa alla tutela del lavoro[109].

Appare opportuno chiarire che nel contratto d'opera, al contrario di quanto previsto per altre fattispecie negoziali ove si prevede che la controprestazione debba consistere nel pagamento in denaro, si parla di corrispettivo senza specificarne il contenuto. Ciò vuol dire che, in astratto, sarebbero configurabili mezzi di scambio consistenti in utilità diverse dal denaro. Tuttavia, si è sostenuto in dottrina come le ipotesi in cui il corrispettivo non consista in una dazione di denaro possano dar vita a fattispecie differenti. In particolare, se il corrispettivo consiste comunque in un *dare* il tipo negoziale non viene modificato; se, al contrario, la controprestazione consiste in un *facere* del committente la fattispecie non rientra più nell'ambito del tipo contratto d'opera ma individua un contratto innominato o, se la controprestazione integra un *facere* tipico di altro

[109] La stessa *Relazione al codice civile,* 915, chiarisce che «diversa ed autonomo è la disciplina del contratto d'opera, in quanto ha riguardo a quegli aspetti tipici del contratto che sono in funzione del carattere prevalentemente personale della prestazione. Così nel contratto d'opera non è stabilita la regola che la materia sia fornita dal prestatore d'opera (art 2223 rispetto all'art. 1658); per l'esercizio dei diritti del committente in caso di difformità e di vizi dell'opera sono statuiti termini più brevi di decadenza e di prescrizione (art. 2226, secondo comma, rispetto all'art. 1667, secondo e terzo comma); è assicurata una particolare tutela all'elemento lavoro nella determinazione del corrispettivo, quando questa deve essere fatta dal giudice, nel senso che il giudice deve tener conto non solo del risultato ottenuto, ma anche del lavoro normalemente necessario per ottenerlo (art. 2225); anche l'incidenza del rischio della produzione a carico del prestatore d'opera è attenuata, nel senso che anche in caso di impossibilità dell'*opus* spetta al prestatore d'opera un compenso in relazione all'utilità della parte dell'opera compiuta». Si noti, inoltre, che una previsione siffatta non esiste nella disciplina del contratto di appalto che, prevedendo uno schema negoziale al cui interno rileva l'organizzazione imprenditoriale, quindi un'organizzazione di mezzi di produzione, di lavoro e di capitale, vede il lavoro essere un elemento strumentale all'impresa. Sul punto, si vedano G. GIACOBBE – D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera,* cit., p. 171, i quali precisano come si possa trarre conferma della rilevanza dell'elemento lavoro nel contratto d'opera dal principio in base al quale «per i lavori eseguiti in aggiunta o in variazione dal lavoratore spetta un compenso ulteriore, commisurato all'entità del risultato ed al lavoro necessario per ottenerlo. L'unico limite è costituito dalla necessità dell'accettazione dell'opera, da parte del committente, che potrebbe esimersi dall'ulteriore pagamento solo dimostrando una precedente espressa pattuizione nel senso dell'immodificabilità del prezzo». Tale previsione non è rinvenibile nella disciplina dell'appalto che, al contrario, prevede di attribuire all'appaltatore il costo delle modifiche apportate al progetto, *ex* art. 1659, - anche se le modifiche siano approvate dal committente – se il prezzo dell'opera è stato determinato globalmente e non vi siano espresse previsioni delle parti in senso opposto. «Il legislatore, dunque, ha ritenuto astrattamente equo il corrispettivo stabilito per l'intera opera, introducendo delle forme specifiche di tutela per le parti nel caso in cui le variazioni siano necessarie per l'esecuzione del progetto a regola d'arte».

contratto nominato, un contratto misto[110]. Il soggetto legittimato a pagare il corrispettivo è il committente che, in considerazione della circostanza che vede il compenso del prestatore diventare esigibile al momento finale del contratto, è obbligato a versarlo nel momento della consegna dell'opera. Tale previsione legislativa aderisce al principio della c.d. postnumerazione, applicato anche al lavoro subordinato e consistente nel corrispondere il compenso, salvo diverso patto, dopo che la prestazione abbia avuto luogo. Il citato principio, rispondente «all'esigenza di *bona fides* nei rapporti commerciali», esige che il pagamento sia corrisposto nel momento in cui l'oggetto del pagamento medesimo sia godibile e, nel contratto d'opera, «impone la corresponsione del compenso solo dopo la verifica e l'accettazione del risultato pattuito»[111]: momento in cui il rischio e il pericolo passano al committente.

Infine va ulteriormente osservato come il corrispettivo dovuto dal committente al prestatore costituisca un debito di denaro e non di valore: tuttavia, se non costituisce l'equivalente di un bene determinato in termini monetari, esso si dovrà stabilire tenendo conto del valore della moneta al momento del pagamento o della sentenza che lo individua[112]. Si noti ulteriormente che, se il committente non ottemperi alla obbligazione di pagare il corrispettivo al prestatore di lavoro non è riconosciuto il diritto di ritenzione dell'opera[113].

L'itinerario concettuale che si è svolto ha quindi, conclusivamente, lo scopo di porre le basi per verificare se il contratto d'opera possa essere utilizzato come schema generale del lavoro autonomo, verifica necessaria per comprendere l'attuale ambiguità della figura del professionista, incerta tra la tradizionale connotazione quale espressione del lavoro (autonomo) ed i ricorrenti tentativi di assimilarla ad una attività imprenditoriale.

---

[110] Si vedano, sul punto, F. SANTORO PASSARELLI, *Opera (contratto di),* in *Noviss. DI,* XI, Torino 1965, p. 985; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali,* cit., pp. 267 ss.; G. CANAVESI, *Il contratto d'opera,* cit.

[111] Cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali,* cit., p. 277, il quale nota ulteriormente come il principio di postnumerazione sia derogabile. «Salvo diverso patto, s'è detto: perché il principio della postnumerazione è puramente dispositivo e derogabile, ben potendo i contraenti riconoscere la possibilità di pagamenti rateali e di anticipi od acconti in corso di esecuzione del contratto».

[112] Cfr. ancora A. PERULLI, *op. ult. cit.,* p. 278.

[113] Si veda, sul punto, L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo,* cit., p. 178.