



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

DIPARTIMENTO DI DIRITTO ED ECONOMIA DELLE ATTIVITÀ PRODUTTIVE

**DOTTORATO IN DIRITTO ROMANO, TEORIA DEGLI ORDINAMENTI E
DIRITTO PRIVATO DEL MERCATO
XXXV CICLO**

DIRITTO ROMANO E DIRITTI DELL'ANTICHITÀ

**LA COSTRUZIONE DELLO SCHEMA LOCATIVO DEL CONTRATTO
AVENTE AD OGGETTO IL LAVORO NEL CODICE CIVILE CINESE DALLA
*LOCATIO CONDUCTIO***

TUTOR

PROF. OLIVIERO DILIBERTO

CANDIDATA

SIYU YUE

COORDINATORE

PROF. OLIVIERO DILIBERTO

Sommario

INTRODUZIONE	1
--------------------	---

CAPITOLO I

LE OBBLIGAZIONI E IL RISCHIO CONTRATTUALE NELLA *LOCATIO CONDUCTIO OPERIS E OPERARUM*

1. Introduzione	5
2. Gaio: il dibattito tra <i>locatio conductio operis</i> e <i>operarum</i>	7
2.1 Il dibattito sulla tripartizione e l'unitarietà della <i>locatio conductio</i>	8
2.2 Conclusione.....	10
3. Le obbligazioni nella <i>locatio conductio operis</i>	13
3.1 Le opere come oggetto della <i>locatio d'opera</i>	13
3.1.1 Dalla <i>res locata</i> all' <i>opus locatum</i> : la problematica in D.19.2.31.....	13
3.1.2 Il concetto di <i>opus locatum: ex opere facto</i> (D.50.16.5.1)	19
3.1.3L'equivocità recata dall' <i>opus locatum</i> : la distinzione tra <i>locatio conductio operis</i> ed <i>emptio venditio</i> nella scuola sabiniana (D.18.1.20)	22
3.1.4 Conclusioni	27
3.2 L'obbligazione del locatore e del conduttore	30
3.2.1 L'obbligazione nei formulari catoniani: il dubbio sulla rilevanza della <i>locatio conductio operis</i> consensuale (Cat. Agr. 144).....	30
3.2.2 La formazione indiretta delle obbligazioni nella <i>locatio conductio operis</i> (D.34.2.34pr.).....	35
3.2.3 Il pagamento della <i>merces</i> del locatore <i>operis</i> nella tarda-repubblica (D.19.2.30.3)	38
3.2.4 La <i>probatio</i> nella <i>locatio conductio operis</i> in D.19.2.60.3	41
3.2.5 Le obbligazioni basate sulla non <i>mutatio dominii</i> (Gai. 3.147)	44

3.3 Conclusione: le obbligazioni del locatore e del conduttore nella <i>locatio conductio operis</i>	47
3.3.1 Le obbligazioni del locatore della <i>locatio conductio operis</i>	48
3.3.2 Le obbligazioni del conduttore della <i>locatio conductio operis</i>	50
4. Il rischio contrattuale nella <i>locatio conductio operis</i>	51
4.1 Il principio del <i>periculum conductoris</i> di Labeone in D.19.2.62: la responsabilità del conduttore	51
4.2 Il principio del <i>periculum conductoris</i> nel trasporto marittimo (D.14.2.10pr.)	54
4.3 Il principio del <i>periculum locatoris</i> dei giuristi sabiniani (D.19.2.59).....	58
4.4 La responsabilità contrattuale del locatore e del conduttore	61
4.5 La <i>probatio</i> come il criterio del trasferimento del rischio nella <i>locatio conductio operis</i> in D.19.2.37	62
5. <i>Locatio conductio operarum</i> : le obbligazioni e la ripartizione del rischio contrattuale nel diritto classico	65
5.1 Il dibattito sull'oggetto della <i>locatio conductio operarum</i>	65
5.2 L'obbligazione nella <i>locatio conductio operarum</i> (D.19.2.38pr.).....	69
5.3 Il rischio contrattuale nella <i>locatio conductio operarum</i> (D.19.2.19.9)	73
6. Conclusione: lo schema locativo delle obbligazioni nella <i>locatio conductio operis</i> e <i>operarum</i>	76

CAPITOLO II

LE OBBLIGAZIONI E IL RISCHIO CONTRATTUALE NEL CONTRATTO AVENTE AD OGGETTO IL LAVORO NEL DIRITTO PRIVATO: UNA PROSPETTIVA COMPARATA NEL DIRITTO MODERNO

1. Introduzione	78
-----------------------	----

2. La separazione della <i>locatio conductio operis</i> nel codice civile italiano del 1942 tra l'appalto con gli altri contratti tipici relativi e il contratto di lavoro autonomo: un tentativo di integrazione nell'applicazione delle regole	81
2.1. Il fenomeno della separazione nel Libro IV e nel Libro V del codice civile .	81
2.2. Il dibattito sulla separazione e la sua essenza	84
2.2.1 Le argomentazioni del dibattito: il motivo e lo scopo della discussione.....	84
2.2.2 La divergenza sull'applicazione generale del contratto d'opera: la disputa nel dibattito	85
2.2.3 L'essenza del dibattito: una discussione sull'obbligazione contrattuale.....	87
3. Le obbligazioni nel contratto d'opera nel codice civile italiano del 1942: una disciplina generale nel Libro V del c.c.i. e riesame dell'obbligazione di risultato e di mezzi nel contratto d'opera.....	90
3.1 Le obbligazioni del prestatore nel contratto d'opera	90
3.1.1 Le obbligazioni generiche del prestatore d'opera e il riesame dell'obbligazione di risultato	90
3.1.2 Le obbligazioni del prestatore d'opera intellettuale	95
3.2 Le obbligazioni del committente nel contratto d'opera	98
3.2.1 La determinazione della quota di mercede e la collaborazione nel contratto d'opera.....	98
3.2.2 L'obbligazione di anticipare le spese e di cooperare nel contratto d'opera intellettuale	103
3.3 Il rischio contrattuale e la responsabilità del prestatore dell'opera	107
3.3.1 Il rischio contrattuale e la responsabilità del committente nel contratto d'opera	107
3.3.2 Il rischio contrattuale: la diligenza del prestatore d'opera intellettuale.....	111

4. Le obbligazioni nei contratti di servizi nel Libro IV del c.c.i., nel diritto privato europeo e nel diritto giapponese	113
4.1 La nozione del contratto di servizio nel diritto europeo e nel diritto giapponese.....	113
4.1.1 La definizione e le categorie di contratto di servizio	113
4.1.2 Il contratto di servizio nei codici civili europei.....	117
4.1.2 Esperienze e insegnamenti dal tentativo relativo alla costruzione del contratto di servizio nel diritto giapponese.....	121
4.2 L'obbligazione generale nei contratti di servizi nel DCFR: comparazione con le obbligazioni nel contratto d'opera	124
4.3 La specialità delle obbligazioni dei contratti di servizio tipici nel Libro IV del c.c.i.: comparazione con le obbligazioni nel contratto d'opera	126
4.2.1 La specialità del servizio materiale: la distinzione tra il contratto di appalto e d'opera.....	127
4.2.2 La specialità del servizio intellettuale: la peculiarità dell'attività di gestione rispetto all'attività intellettuale generale	129
4.2.3 (segue) Il servizio legale: l'obbligazione dell'avvocato	131
4.2.4 Altri servizi tipici	133
5. Il rapporto tra il contratto di servizio e il contratto di lavoro nel codice civile italiano del 1942	137
5.1 Il lavoro subordinato e il contratto di lavoro	137
5.2 La distinzione tra il lavoro autonomo e il lavoro subordinato	140
5.3 La compatibilità della tutela dei diritti del lavoratore nel contratto di servizio	142
6. Conclusione: la ricostruzione dello schema locativo dell'obbligazione nel contratto di lavoro e nel contratto di servizio.....	146

CAPITOLO III

LE OBBLIGAZIONI E IL RISCHIO CONTRATTUALE NEL CONTRATTO AVENTE AD OGGETTO IL LAVORO NEL CODICE CIVILE CINESE: LE DIVERSE PROSPETTIVE DELLA COSTITUZIONE E DEL CODICE CIVILE CINESE

1. Introduzione	148
2. La distribuzione nel diritto cinese della regolamentazione del lavoro in diverse tipologie contrattuali: la necessità di riferirsi ai principi costituzionali	150
2.1 I contratti tipici relativi nel codice civile cinese	150
2.1.1 Il contratto di mandato.....	151
2.1.2 Il contratto di appalto.....	151
2.1.3 Il contratto per il progetto di costruzione.....	152
2.1.4 Il contratto di trasporto	154
2.1.5 Il contratto di tecnologia	156
2.1.6 Il contratto di deposito e il contratto di deposito in magazzino.....	158
2.1.7 Il contratto per il servizio di gestione della proprietà.....	161
2.1.8 I contratti di commissione e i contratti di mediazione.....	164
2.2 I contratti di servizi atipici nelle leggi speciali.....	166
2.3 Il contratto di lavoro nel <i>Diritto del contratto di lavoro</i>	168
2.3.1 La storia della legislazione del lavoro in Cina	168
2.3.2 Il rapporto tra il contratto di lavoro nel <i>Diritto del contratto di lavoro</i> e i contratti di servizi nel codice civile.....	170
3. Il diritto del lavoratore nella costituzione cinese: il principio fondamentale per la disciplina del contratto avente ad oggetto il lavoro	172
3.1 La necessità del riferimento della costituzione	172

3.2 Il ruolo e i limiti della costituzione nella regolamentazione del lavoro nel codice civile	174
4. Le obbligazioni e il rischio contrattuale nel contratto di mandato: il tentativo di una disciplina generale per la regolamentazione del lavoro nel codice civile cinese	178
4.1 Il mandato oneroso come il modello del contratto di servizio generale	178
4.2 Le obbligazioni del mandatario.....	183
4.2.1 L'obbligazione di rispettare le istruzioni fornite dal mandante	183
4.2.2 L'obbligazione di informazione e di consegnare i beni requisiti.....	185
4.3 Le obbligazioni del mandante	187
4.3.1 L'obbligazione di anticipare le spese e di restituire le spese medesime	187
4.3.2 L'obbligazione di corrispondere il corrispettivo nel mandato oneroso	190
4.3.3 L'obbligazione della collaborazione	193
4.4 Il rischio contrattuale nel mandato e la responsabilità contrattuale	195
4.4.1 Il rischio del corrispettivo nel mandato	195
4.4.2 La responsabilità contrattuale del mandante nel caso della risoluzione del mandato oneroso	199
5. La specialità degli altri contratti aventi ad oggetto il lavoro nel codice civile cinese e dei contratti atipici: la rilevanza delle discipline speciali e la compatibilità del mandato.....	204
5.1 Il raggiungimento del risultato in generale nel contratto di mandato	204
5.2 Il raggiungimento del risultato specifico materiale.....	205
5.3 La realizzazione dello scopo come il raggiungimento del risultato.....	207
5.4 (segue) La responsabilità nel contratto per il servizio di medico.....	209

6. Conclusione: lo schema locativo dell'obbligazione e il modello di contratto di mandato per il contratto avente ad oggetto il lavoro nel codice civile cinese	211
CONSIDERAZIONI FINALI.....	214
BIBLIOGRAFIA.....	219
INDICE DELLE FONTI.....	234

INTRODUZIONE

L'oggetto della seguente indagine si focalizza su un sistema dogmatico del contratto avente ad oggetto il lavoro nel codice civile cinese, prendendo le mosse dal contratto arcaico della *locatio conductio*, con l'intento di risolvere le lacune del principio generale del contratto avente ad oggetto il lavoro e anche di superare la confusione del regolamento del suddetto contratto nel codice civile cinese, tenendo conto che il diritto romano fornisce delle utili basi teoriche nelle soluzioni della questione.

In ordine alla disposizione del lavoro, le leggi cinesi contemplano due sistemi in cui l'attività lavorativa subordinata, specialmente manuale, è stata regolata nelle leggi speciali pubbliche, mentre il lavoro autonomo si trova nel diritto privato, ossia nel codice civile dopo la promulgazione nel 2021. Si tratta del contratto di lavoro nelle leggi speciali (*Labor Contract Law of the People's Republic of China* e *Labor Law of the People's Republic of China*), e dei contratti tipici nel codice civile cinese. Le leggi speciali regolano il rapporto di lavoro subordinato, dove vi è disparità tra le parti; il codice civile, invece, disciplina il rapporto di lavoro autonomo.

In ragione di ciò, i contratti aventi ad oggetto il lavoro nel codice civile sono stati posti all'ombra del contratto di vendita, il quale costituisce modello principale di tutti i contratti tipici nel codice. Di conseguenza, vi è non solo una lacuna di modello e di principio che rappresenta il contratto avente ad oggetto il lavoro, ma anche una confusione di applicazione delle regole creata dall'incompatibilità tra il contratto avente ad oggetto la cosa — il contratto di vendita — e il contratto avente ad oggetto il lavoro.

Ciò posto, il libro quinto del codice civile italiano, "del lavoro", è piuttosto misterioso per il giurista cinese: comprende tutte le specie di lavoro, non solo il lavoro autonomo e subordinato ma anche le società e l'azienda, diversamente dal

codice civile cinese dove vi è solo il lavoro autonomo ed esclude il tipo di lavoro che esiste nella sezione III "del rapporto di lavoro " relativa al capo I, libro quinto del codice civile italiano. Il sistema dualistico relativo al regolamento di lavoro nel diritto cinese ha recato una confusione nella disciplina del lavoro, differenziando il lavoro autonomo e il lavoro subordinato. I lavoratori nel lavoro subordinato usufruiscono dei diritti e della protezione istituite nelle leggi speciali, il lavoro autonomo, invece, è regolato soltanto dall'autonomia privata.

Partendo dalla considerazione dell'*opera*, risalente all'esperienza storica, essa si riferisce a due contratti specifici: la *locatio conductio operarum* e la *locatio conductio operis*. Anche se la concezione della *locatio conductio* in D. 19.2 o nelle poche linee che Gaio dedica alla *locatio conductio* (I. III 142), non è divisa in tre specie di *service contract*, il dibattito sull'unitarietà e la successiva tripartizione prosegue finora. In ragione di tanto, nel Capitolo I concentreremo la nostra attenzione sulla *locatio conductio operarum* e *operis* in quanto contratti che disciplinano specificamente l'attività lavorativa nell'antica Roma. Quanto alle *operae*, si indica un concetto romano affine che si riferisce al lavoro nel mondo attuale, per cui la terminologia delle *operae* e la sua regolazione mettono in luce non solo le condizioni giuridiche del lavoro, ovvero i diritti e le obbligazioni del prestatore del lavoro e del datore di lavoro, ma anche la situazione sociale del lavoro nel mondo romano.

La parte successiva è dedicata all'indagine dei contratti di servizio nei codici civili dei paesi europei, diritto europeo e diritto giapponese, specialmente nel codice civile italiano. La definizione del contratto d'opera nel codice civile italiano, regolata dall'art. 2222, indica l'opera o servizio come l'oggetto di un contratto e si differenzia anche dagli altri contratti del libro V. Tale articolo svolge nell'ordinamento italiano la funzione propria svolta dal contratto del lavoro nell'ordinamento cinese. Inoltre, il *service contract* non è mai stato un contratto tipico nei codici civili europei dove il contratto d'opera, il contratto di mandato e

il *Dienstvertrag* rappresentano i contratti che hanno ad oggetto l'opera. Infatti, le due proposte di contratto di servizio avanzate nel 2005 e nel 2006 durante la riforma del codice civile giapponese non sono state accettate per la difficoltà della legislazione relativa.

In effetti, alla riforma del codice civile giapponese relativa alle proposte di contratto di servizio si è fatto un accenno durante il processo della codificazione cinese. La disposizione del *service contract*, infatti, era stata proposta in sede della codificazione cinese, è, però stata rifiutata in ragione della scarsità di tipicità.

L'ultima parte della ricerca, dunque, si concentra sul superamento di alcune ambiguità presenti nel codice civile. Esso sarà valutato rispetto alla circostanza di potersi risolvere nella costruzione dello schema locativo del contratto di servizio o piuttosto in una sistemazione delle regole dal capitolo XVII al capitolo XXVI, dall'art.707 all'art. 969 dove si collocano i contratti tipici di servizi. L'obiettivo finale della ricerca è di cercare una via per l'unificazione della disciplina in merito al rapporto di lavoro nel codice civile cinese. Ispirandosi all'esempio del contratto d'opera nel codice civile italiano, il contratto di mandato nel codice civile cinese potrebbe assumere il ruolo di modello del contratto di servizio per gli altri contratti aventi ad oggetto il lavoro. Oltre a ciò, per il superamento del limite tra due tipi di lavori, occorrerà fare riferimento al diritto del lavoratore nella costituzione. Il diritto del lavoratore è uno dei diritti fondamentali nella costituzione cinese, come lo è anche in Italia. I diritti dei lavoratori nella costituzione cinese sono, tuttavia, una petizione di principio ove gli articoli in materia di lavoro sono estremamente astratti e generali. Dunque, è innegabile che la dottrina civilistica cinese in materia di lavoro debba tenere in debito conto non solo le previsioni costituzionali che assegnano ai diritti dei lavoratori il rango di valore supremo dell'ordinamento, ma in particolare quelle relative e applicabili considerando la compatibilità del principio generale tra la costituzione e il codice civile.

Tenuto conto di ciò, il modello derivante dal contratto avente ad oggetto il lavoro nella *locatio conductio* del diritto romano, può rappresentare un parametro di riferimento proprio a partire della possibilità di comparazione dei due sistemi già sperimentata per i diritti positivi moderni. La possibilità della comparazione tra i sistemi storicamente non più vigenti e sistemi moderni positivi è ammessa nella scienza giuridica comparatistica. Rispetto a questi fatti secondo quanto ritenuto da Gorla, Sacco, e Gambaro, si può ritenere che la lacuna e la confusione sopra menzionate possano trovare risoluzione tramite un'indagine comparatistica storica¹. Tale conclusione infatti appare poter risultare non solo dalla similitudine orizzontale (corrente) tra due sistemi giuridici del diritto privato tra il diritto cinese e il diritto europeo, ossia il diritto continentale, ma anche dalla analogia verticale (storica) tra il diritto privato cinese e il diritto romano, specialmente tra la struttura contrattuale del contratto di mandato oneroso e lo schema locativo *merces-uti frui* quale valore prodotto dall'attività lavorativa della *locatio conductio operis e operarum*.

¹ Come è stato sottolineato da Gorla, la comparazione più frequente si suol fare nell'altro caso (quello di una unità storica), sia perché viene più spontanea l'ipotesi di lavoro del *quid* comune, sia perché tale comparazione presenta più larghi interessi. Infatti, Sacco afferma anche che la prospettiva comparatistica è una prospettiva di tipo storicistico: in questa prospettiva qualunque modello che di fatto è vero ha tanta legittimità quanta ne ha qualsiasi altro modello che di fatto è parimenti vero. Inoltre, secondo Sacco e Gambaro, la comparazione, quale scienza giuridica, porta la sua attenzione sulle regole appartenenti ai vari sistemi giuridici per stabilire in quale misura esse coincidano e in quale misura esse differiscano, Si veda ; G. GORLA, *Diritto comparato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, p. 929; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 50-51; A. GAMBARO, G. GORLA, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. SACCO, Torino, 2002, p. 2.

CAPITOLO I

LE OBBLIGAZIONI E IL RISCHIO CONTRATTUALE NELLA *LOCATIO CONDUCTIO OPERIS E OPERARUM*

1. Introduzione

Scomponendo la *locatio conductio operis* e la *locatio conductio operarum* dal contratto consensuale *locatio conductio*, si può esaminare una formazione dell'oggetto del contratto nel diritto romano dalla *res* materiale all'opera intangibile². Al riguardo, le obbligazioni del contratto e il rischio contrattuale emersi in tale processo di evoluzione non rappresentano solo una struttura contrattuale, ma anche riferiscono anche i contenuti sostanziali del contratto della *locatio conductio*.

Come vedremo subito, il dibattito emerso dai testi di Gaio, e discusso dalla dottrina pandettistica e poi dalla letteratura³, ci ha presentato un avanzamento dell'oggetto contrattuale dai giuristi repubblicani ai giuristi classici, in particolare ai giuristi tardo-classici. Occorre accentuare poi il contributo di Labeone, da cui è iniziato il passaggio dal concetto unitario della *locatio conductio*, alla distinzione tra i diversi modelli della *locatio conductio* (§2).

² In ordine alla teoria dell'oggetto del contratto procreata dalla *locatio conductio*, si veda R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, p. 305 ss.

³ Sulle riflessioni più rappresentative riguardo al dibattito si vedano V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1989, p. 245 ss.; U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, II, 1928, p. 531 ss.; A. BURDESE, *Recensione a T. Mayer-Maly, 'locatio-conductio'. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, in *Iura*, VIII, 1957, p. 482; L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in *Bullettino dell'istituto del diritto romano*, LXII, 1959, p. 9 ss.; P. PINNA PARPAGLIA, «*Vitia ex ipsa re*». *Aspetti della locazione in diritto romano*, Milano, 1983, p. 146 ss.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1960, p. 222 ss.; FIORI, *La definizione*, cit., p. 1 ss.

I contributi significativi dello sviluppo relativo alla *locatio conductio*, più precisamente di *locatio conductio operis* e *locatio conductio operarum*, emergeranno principalmente nel diritto repubblicano e nel diritto classico. Lo sviluppo cronologico, insieme con la deduzione logica della nascita dell'*opus* (anche delle *operae*) nel contratto di *locatio conductio*, viene analizzato da Amirante ⁴, il quale è anche un oggetto di studio in questo capitolo (§3.1). Tuttavia, il capitolo assume la struttura del contratto di *locatio* quale ricostruito da Fiori, *merces-uti frui* ⁵. A differenza di Fiori, il pagamento della mercede non è considerato come l'obbligazione fondamentale nella *locatio conductio operis* da Amirante (§3.2).

Se si guarda il dato cronologico della *locatio conductio operis* e *locatio conductio operarum*, la *locatio conductio operarum* era nata prima della *locatio conductio operis* ⁶. Essendo un aspetto fondato sul concetto della *res*, è emersa la divergenza dell'oggetto della *locatio conductio operarum* tra i giuristi ⁷, in cui si discutono sia la persona che l'attività quale è messa a disposizione dei contraenti (§5.1). In ogni caso, le obbligazioni si basano ugualmente su un sinallagma di *merces-uti frui* (§5.2). Infatti, in questo ambito però occorre una prospettiva più flessibile che consideri come la persona e l'attività nella *locatio conductio operarum* non siano dissimili.

Il rischio contrattuale nel quadro descritto appartiene al sistema dell'obbligazione del contratto, per cui la giurisprudenza repubblicana e classica

⁴ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 65 ss.

⁵ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 291 ss.

⁶ Cfr. B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1956, p. 482.

⁷ Riguardo alla discussione sull'oggetto della *locatio conductio operarum*, si veda BRASIELLO, *L'unitarietà*, cit., 543; F. M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946, p. 128; R. MARTINI, *Mercennarius: contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano*, Milano, 1958, p. 15 ss.; AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 58; I. MOLNAR, *Object of locatio conductio*, in *Bullettino dell'istituto del diritto romano*, LXXXV, 1982, p. 134 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 346 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1990, p. 467.

sono considerate produttive di elaborazione proprio riguardo al rischio contrattuale nella *locatio conductio operis* e nella *locatio conductio operarum*. Esso, si trova maggiormente nei testi di Labeone e della scuola sabiniana: questi infatti sono ricchi rispetto alle configurazioni dell'elaborazione concernenti il dato del rischio (§4). Tuttavia, considerando il contributo oppure l'utilità delle fonti, il rischio contrattuale nella *locatio conductio operarum* è meno elaborato, senz'altro anche per il numero limitato dei testi rispetto ai testi concernenti invece il rischio nella *locatio conductio operis*. In questo caso, sono stati esaminati solo gli autori del periodo tardo-classico (§5.3).

I contratti di *locatio conductio operis* e di *locatio conductio operarum* non solo contribuiscono alla teoria dello sviluppo del contratto, ma sono anche le fonti più dirette del contratto moderno aventi ad oggetto il lavoro, in particolare, il lavoro autonomo e il lavoro subordinato. Dunque, le indagini sulle obbligazioni della *locatio conductio operis* e della *locatio conductio operarum* ci presentano anche una prospettiva giuridica storica dei contratti che saranno esaminati in altre due successive parti della tesi.

2. Gaio: il dibattito tra *locatio conductio operis* e *operarum*

Il dibattito emerso dai testi di Gaio, ovvero tra *locatio conductio operis* e *operarum* riguarda la configurazione di due contratti diversi rispetto alla *locatio* delle *res*, e insieme rappresentano le tre specie della cosiddetta *locatio conductio*: è una discussione proposta dalla pandettistica piuttosto che è un quesito posto da Gaio⁸. La tripartizione della locazione, tuttavia, ha le sue fonti e le proprie motivazioni, e mantiene anche un suo valore nel campo del contratto odierno.

⁸ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 9.

2.1 Il dibattito sulla tripartizione e l'unitarietà della *locatio conductio*

La dottrina ha lungamente dibattuto sull'unitarietà e la tripartizione del concetto di *locatio conductio*. In realtà, è noto che i sostenitori della tripartizione sono gli autori della pandettistica, che hanno diviso la *locatio conductio* in *locatio conductio rei, operis e operarum*⁹. Tuttavia, un riassunto dei motivi di questo dibattito aiuterà a svolgere l'indagine sull'obbligazione e sul rischio contrattuale di *locatio conductio operis* e *locatio conductio operarum*, ponendosi in una prospettiva unitaria della *locatio conductio*.

Per quanto riguarda la riflessione dei sostenitori della tripartizione, essa si fonda su una tripartizione dell'oggetto del contratto di *locatio*, essendo l'*opera* e l'*opus* l'oggetto della *locatio conductio*: infatti la *res locata* non è l'unico tipo di *locatio conductio* nel contratto romano¹⁰. In complesso, l'obbligazione del pagamento della mercede appartiene a diversi contraenti nelle tre specie di *locatio conductio*, e l'azione in tutte le specie ha una funzione di strumento dogmatico¹¹.

Nel 1921, Arangio-Ruiz indicava per la prima volta che l'ipotesi della tripartizione fosse un prodotto della tradizione romanistica e ricordava in generale l'aderenza alla lettura delle fonti: a suo avviso, la concezione dei romani non pone alcuna differenza fra *locatio conductio rei* ed *operis*, e i romani non hanno mai sentito la necessità di spezzare questo contratto in tre, e nemmeno di tener distinti i casi in cui la dazione è nell'interesse del conduttore da quelli in cui è

⁹ Cfr. AMIRANTE, *Locazione*, in *Novissimo digesto italiano*, IX, Torino, p. 992. Per le riflessioni degli studiosi pandettisti, si veda FIORI, *La definizione*, cit., p. 7-8.

¹⁰ Dell'oggetto di *locatio conductio*, in particolare si veda MOLNAR, *Object*, cit., p.127. Infatti, nei manuali del diritto romano, gli autori parlano dei tre oggetti della *locatio* come la ragione della tripartizione di *locatio conductio*. G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, p. 167; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 593.

¹¹ In particolare, Fiori riassume le riflessioni di Mayer-Maly, Niedermeyer, Kaufmann e Lewis. FIORI, *La definizione*, cit., p. 5-7.

nell'interesse del locatore ¹². Come sottolinea l'autore, 'chi *loca* è sempre il proprietario e possessore di una cosa, e l'oggetto della locazione è sempre la cosa stessa' ¹³.

Brasiello approfondisce il carattere di unitarietà di *locatio*, basando sulla teoria di Arangio-Ruiz. Le opinioni dei sostenitori della tripartizione, come il locatore paga la mercede nella *locatio conductio operis* e il conduttore paga la mercede nella *locatio conductio operarum*, non possono ostacolare l'unitarietà del concetto, perché gli elementi fondativi della *locatio*, al posto di una della definizione mancata definizione nelle fonti, sono solo la *res* locata e la mercede ¹⁴. In questo senso, occorre considerare il pensiero dell'autore pandettista Glück: sebbene egli dividesse l'oggetto di *locatio* quali le cose e le opere ¹⁵, ammette che col nome di *locatio conductio*, si indica in generale un contratto consensuale, col quale qualcuno si obbliga a concedere ad un altro, come diritto personale, contro un equivalente in denaro, l'uso di una cosa, talvolta anche in frutti, oppure si obbliga a prestare dei servizi contro il corrispettivo di un determinato prezzo o mercede ¹⁶.

Analogamente, la conclusione di Amirante ha constatato il pensiero di Brasiello, nel senso che egli esplica il concetto dell'*opus locatum* sulle base dell'allargamento del concetto di *res*. L'autore infatti nell'indagine sulla *locatio conductio* prende in esame, per esempio, la locazione del fondo rustico e quella delle case di abitazione, oppure la locazione degli schiavi e quella dell'*opus*. Ragion per cui, a suo avviso, la giurisprudenza romana insistette sulla nozione

¹² Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 2. Anche ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 346.

¹³ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 346.

¹⁴ Cfr. BRASIELLO, *L'unitarietà*, cit., p. 22.

¹⁵ Cfr. F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, XIX, trad.it. U. GREGO, Milano, 1891, p. 36-37.

¹⁶ Cfr. GLÜCK, *Commentario*, XIX, cit., p. 34.

unitaria della *res locata*, e la scelta non sarebbe tra unità e dicotomia o tricotomia ma tra l'unità del *locatum-conductum* e una pluralità delle figure contrattuali ¹⁷.

Più recentemente Fiori, argomenta che, la *locatio conductio* è una e molteplice: unità di 'tipo', in quanto ricorre sempre il sinallagma *merces-uti frui*; molteplicità di 'modelli negoziali', che variano a seconda del diverso atteggiarsi dell'*uti frui* ¹⁸. Egli così ha lasciato aperto il problema aggiungendo che la maggioranza della dottrina e degli studiosi abbiano assunto per lo più una posizione intermedia: si riconoscerebbe unitarietà al contratto ma non si escluderebbe che i giuristi romani avessero consapevolezza di una distinzione tra le differenti ipotesi di modelli negoziali.

2.2 Conclusione

In ordine alla unitarietà e alla tripartizione della *locatio conductio*, sappiamo dalle fonti che tale dibattito manifesta semplicemente due diverse prospettive di lettura del contratto in questione, peraltro non in contraddizione. I sostenitori della tripartizione, infatti, esprimono le proprie opinioni indirettamente dalle fonti da esse dimostrano la possibilità di locare la *res*, le *operae* o l'*opus* nell'età arcaica (Horst Kaufmann), oppure esprimono le diverse esigenze nei diversi momenti storici di utilizzare lo strumento dogmatico della tripartizione (Claude Alzon) ¹⁹.

L'idea proposta da Arangio-Ruiz ha ricordato in generale la necessità della aderenza alla lettura delle fonti ²⁰. In effetti, Gaio non parla della tripartizione né della distinzione della *locatio conductio*, e si occupa soltanto del confronto tra

¹⁷ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 117.

¹⁸ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 362.

¹⁹ Le opinioni di Kaufman e Alzon, in particolare, sono assunte da FIORI, *La definizione*, cit., p. 6.

²⁰ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 346.

locatio conductio ed *emptio venditio*²¹. Gli elementi su cui egli si è soffermato sono la cosa, il canone e il consenso (D.19.2). È palese che l'*opus* o l'*opera* non è considerato indipendentemente come un elemento del contratto di *locatio conductio*.

Alla luce di tante opinioni dunque, sembrerebbe emergere l'idea dell'unitarietà della *locatio conductio*. Tuttavia, la concezione della tripartizione potrebbe trovare una fondamento in considerazione dell'oggetto del contratto: *res*, *opus* e *opera*. Per esempio, vi è una *locatio conductio* quando il tintore lava o rammenda i vestiti consegnati da un lato²²; da un altro lato, le opere prestate dagli schiavi²³, l'*opus*²⁴ anche il caricamento marittimo²⁵ sono innegabilmente vari tipi di oggetto di *locatio conductio*²⁶ che dimostrano l'esistenza della *locatio conductio operis e operarum*.

²¹ Cfr. D.19.2.2 (Gai. 2. rer. cott.): *Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit*. Gaio diceva che la locazione conduzione è affine alla compravendita ed è formata secondo le stesse regole di diritto: infatti, come si contrae la compravendita, se si sia convenuto sul prezzo, così si intende conclusa la locazione conduzione, se si sia convenuto sulla mercede.

²² Cfr. Gai. 3.143: *Unde si alieno arbitrio merces permissa sit, velut quanti Titius aestimaveris, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur. Qua de causa si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim, nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos convenerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur*. Ci si chiede, pertanto, se sussista locazione conduzione allorché la valutazione del canone sia rimessa a un terzo, ad esempio, alla stima di Tizio. Per lo stesso motivo, ci si chiede se vi sia locazione conduzione allorché io abbia consegnato delle vesti a un tintore perché le lavasse o le rimettesse a nuovo, o a un sarto perché le rammendasse, senza che sia stato fissato un compenso, intendendosi che avrei pagato quanto avessimo concordato in un secondo momento.

²³ Cfr. BIONDI, *Istituzioni*, cit., p. 488.

²⁴ D.50.16.5.1 (Paul. 2 ad ed.): *"Opere locato conducto": His verbis labeo significari ait id opus, quod graeci apotelesma vocant, non ergon, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum*. Labeone dice: con '*opere locato conducto*' si intende quell'*opus*, che i greci chiamano *apotelesma*, non, invece, quell'*opus* che i greci chiamano *ergon*, questo è il *corpus* fatto *ex opere* come qualcosa di compiuto.

²⁵ Cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, p. 915.

²⁶ Sull'oggetto della *locatio conductio*, cfr. MOLNAR, *Object*, cit., p. 128 ss.

Di conseguenza, occorre una sistemazione anziché una risoluzione del dibattito. In realtà, la tendenza maggiore va verso l'unitarietà, ma nel frattempo riconoscendo i vari tipi della *locatio conductio* ²⁷. Come ha posto in risalto Amirante, nell'equazione tra *operae* e *res* anche la similitudine tra il concetto di *opus* e quello di *res* non sono solo le conseguenze dell'interpretazione della *locatio conductio*, in quanto dirigono la necessità dell'unitarietà della *locatio conductio* poiché la giurisprudenza romana tutela l'interesse tipico della locazione, unificando tre tipi di oggetto della *locatio conductio* ²⁸.

Oggi il nucleo del dibattito si è spostato e si concentra più sull'obbligazione contrattuale che sulla tricotomia del contratto. Dal dibattito, infatti, si evince che le due prospettive provengono dalla struttura del contratto, e si dirigono anche a una struttura tipica (il sinallagma *merces-uti frui*) del contratto stesso. E sul presupposto ²⁹ che nel diritto moderno queste ipotesi di *locatio conductio* diventano figure tipiche diverse, in cui *locatio conductio operarum* diventa contratto di lavoro, *locatio conductio operis* diventa contratto di appalto, in ragione della vicenda delle moderne legislazioni, la scelta non è tra unità e dicotomia o tricotomia, ma è tra l'unità del *locatum-conductum* e una pluralità di figure contrattuali che si modellano su di esso ³⁰.

²⁷ I giuristi distinguono tre tipi di *locatio*, esprimendo che la *locatio* è un contratto consensuale. Le voci più chiare sono AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 9; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 346; BETTI, *Istituzioni*, cit., p. 222; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1947, p. 289. Invece, ci sono anche le espressioni che sostengono l'esistenza di tre tipi, ma comunque ammettono che la *locatio conductio* è un solo contratto, si veda in proposito GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 901-903. BIONDI, *Istituzioni*, cit., p. 483.

²⁸ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 115-119.

²⁹ Cfr. BIONDI, *Istituzioni*, cit., p. 483.

³⁰ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 117.

3. Le obbligazioni nella *locatio conductio operis*

Per quanto riguarda le obbligazioni del contratto di locazione, si tratta delle obbligazioni contrattuali di due contraenti, il locatore e il conduttore. Nella *locatio conductio operis*, come vedremo, il contratto ha un'oggetto quale l'*opera* ossia un'*opus locatum* che include non solo una *res* ma anche un'attività lavorativa per realizzarla. Dunque, l'indagine sulle obbligazioni parte dalla formazione del contratto della *locatio d'opera*, anche dal concetto dell'*opera* come l'oggetto del contratto. In seguito, le obbligazioni dei contraenti si svolgono intorno all'*opus locatum*, seguendo un progresso cronologico dai giuristi repubblicani ai giuristi del principato.

3.1 Le opere come oggetto della *locatio d'opera*

3.1.1 Dalla *res locata* all'*opus locatum*: la problematica in D.19.2.31

D.19.2.31 tratta la problematica dell'espressione *duo genera* che include l'*idem genus* e l'*idem*. In tale testo, Alfeno ha posto due generi della cosa locata nel contratto di locazione, su cui vi sono stati approfondimenti da diversi studiosi.

D.19.2.31 (Alf. 5 dig. a Paul. epit.): *Respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret. secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare. et ideo se improbare actiones oneris aversi: quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non*

videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset: sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum.

Alfeno afferma che si pose la questione se gli altri, per la loro parte di frumento, potessero agire contro l'armatore con l'azione di carico sottratto. Il giurista rispose che vi erano due generi di cose locate, cosicché o si restituiva la cosa stessa (come quando si locano le vesti al tintore affinché questi le pulisca), oppure si restituivano cose dello stesso genere (come quando si dà argento in pezzi ad un fabbro affinché ne vengano fatti vasi, oppure oro affinché ne vengano fatti anelli): nel primo caso, la cosa resta del proprietario, nel secondo, si va a costituire un credito di cose fungibili. Il diritto è uguale nel deposito: infatti, se taluno avesse depositato denaro in contanti così, che lo consegnò né chiuso in un sacchetto, né sigillato, ma lo versò in contanti, colui presso il quale il denaro era stato depositato non doveva null'altro che pagare l'equivalente di quel denaro. Secondo quanto risultava, il frumento era divenuto di Saufeio e perciò correttamente da lui dato. Se invece il grano di ciascuno fosse stato chiuso in compartimenti separati da tavole o in sacchi od in altro contenitore, in modo tale che si potesse distinguere quale fosse il grano di ciascuno, noi non avremmo potuto farne lo scambio, ed allora colui, al quale apparteneva il grano che l'armatore aveva consegnato, lo poteva rivendicare. E perciò il giurista disapprovava le azioni di carico sottratto, poiché o le merci erano di quel genere che si consegnavano all'armatore in modo tale che divenissero sue all'istante ed il mercante avesse costituito un credito di cose fungibili, ed allora non si considerava essere un carico sottratto in quanto era divenuto dell'armatore; oppure, se si dovesse restituire quella cosa stessa che era stata consegnata, per il

locatore vi era l'azione di furto e perciò l'azione di carico sottratto era superflua. Ma, se il frumento fosse stato dato in modo tale che si fosse potuto adempiere con cose simili, il conduttore rispondeva soltanto per colpa (infatti, in un affare per il quale si concludeva un contratto con una causa rilevante per entrambi, si rispondeva per colpa), né vi era in alcun modo colpa per aver restituito il frumento tratto dalla massa comune ad uno solo, poiché era stato necessario cominciare a restituirlo a qualcuno, anche se in questo modo l'armatore rendeva la condizione di costui migliore rispetto a quella degli altri.

In questo famoso testo vengono trattati vari problemi giuridici, non solo il rapporto di trasporto delle merci come *locatio*, ma anche il rapporto di deposito di cose fungibili, la trasformazione della proprietà delle merci, la colpa e il rischio conseguenti e la responsabilità nel contratto. Di particolare rilevanza è il concetto dell'*idem genus* nel contratto di locazione³¹.

In merito al frammento D.19.2.31, Glück prima fa riferimento al deposito di cose fungibili, per poi ammettere anche come Alfeno qui affermi che il contratto di locazione irregolare sia un contratto di locazione, invece che un contratto di un mutuo³². Alfeno parla di un contratto di locazione irregolare e afferma che esso sia un contratto di *locatio* e non di mutuo, per cui Alfeno fa il paragone tra il caso menzionato e una *locatio* in cui il committente chiede all'orefice di fare le cose con la materia data dal committente o con altra sua propria. Benché Glück

³¹ Per Alfeno si trattava di un vero e proprio caso di *locatio*. Cfr. F. M. DE ROBERTIS, *D. 19.3.21 e il regime dei trasporti marittimi nell'ultima repubblicana*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, XXXI, 1965, p. 98 nt. 25.

³² F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, XVI, trad. it. L. BUSATTI, T. TRINCHEI, C. LONGO e T. PREDA, Milano, 1897, p. 310.

non si concentri sul concetto di *duo genera*³³, egli allude ad una restituzione dell'*idem genus* nel contratto di *locatio* secondo il pensiero di Alfeno.

Per quanto riguarda la connessione tra *duo genera* e l'oggetto del contratto di locazione, di cui sono proposti due modi della restituzione della *res locata*, Amirante afferma che tale rapporto rappresenti uno sviluppo del concetto della *res locata*.

Come ha posto in risalto Amirante, dato che l'*opera* è l'oggetto della *locatio conductio*, vi è l'allargamento del concetto della *res locata*: per cui che l'autore ha messo a confronto D.34.2.34pr. e D. 19.2.31³⁴. A suo avviso, nel pensiero di

³³ Con il concetto di *duo genera*, Glück si riferisce soltanto al paragone fra locazione e deposito, in cui le cose fungibili vengono considerate come l'oggetto del negozio giuridico. GLÜCK, *Commentario*, XVI, cit., p. 311.

³⁴ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 65-68. Del confronto di tali testi, anche BRASIELLO, *L'unitarietà*, cit., p. 568. Il comune confronto tra questi due testi avviene per il motivo che entrambi trattano un rapporto di *locatio conductio* con un determinato *facere* di *res* consegnata; S. LONGO, *Emptio venditio et locatio conductio familiaritatem aliquam habere videntur, Le fattispecie gaiane oggetto di dibattito giurisprudenziale*, Torino, 2019, p. 231. D.34.2.34pr. (*Pomp. 9 ad Quint. Muc.*): *Si aurum suum omne pater familias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciendum dedisset aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur. POMPONIUS: hoc ex parte verum est, ex parte falsum. nam de eo, quod debetur, sine dubio: ut puta si auri libras stipulatus fuerit, hoc aurum, quod ei deberetur ex stipulatu, non pertinet ad uxorem, cum illius factum adhuc non sit: id enim, quod suum esset, non quod in actione haberet, legavit. in aurifice falsum est, si aurum dederit ita, ut ex eo auro aliquid sibi faceret: nam tunc, licet apud aurificem sit aurum, dominium tamen non mutavit, manet tamen eius qui dedit et tantum videtur mercedem praestaturus pro opera aurifici: per quod eo perducimur, ut nihilo minus uxori debeatur. quod si aurum dedit aurifici, ut non tamen ex eo auro fieret sibi aliquod corpusculum, sed ex alio, tunc, quatenus dominium transit eius auri ad aurificem (quippe quasi permutationem fecisse videatur), et hoc aurum non transibit ad uxorem. Quinto Mucio scrive: se il padre di famiglia avesse lasciato in eredità tutto il suo oro a sua moglie, quell'oro che aveva dato all'orefice per essere contratto, o ciò che gli era dovuto, se dall'orefice non c'era risposta, non era rientrato alla donna. Pomponio invece dice che questo in parte è vero, in parte falso. Infatti riguardo a ciò che è dovuto senza dubbio è vero: come ad esempio se il padre di famiglia si sia fatto promettere delle libbre d'oro, quest'oro che gli è dovuto in base alla *stipulatio* non spetta alla moglie, dal momento che ancora non è divenuto di lui: egli infatti dispose per legato di ciò che fosse suo, non di quanto potesse richiedere con azione. In riferimento al caso dell'orefice, invece, il parere di Quinto Mucio è*

Quinto Mucio la *res locata* è soltanto quella che può essere restituita nella sua identità, invece Alfeno amplia il concetto di *res locata* e ne afferma *duo genera*. Per di più, per Alfeno la restituzione della stessa cosa non è essenziale, e al concetto di *res locata* è sufficiente che questa venga restituita nell'*idem genus*³⁵. Dunque, riguardo la collocazione temporale dello sviluppo dell'oggetto della *locatio*, Amirante ha dedotto un momento decisivo in cui Alfeno amplia il concetto della *res locata*, diversamente rispetto a Quinto Mucio, affermando che le costruzioni siano anche l'oggetto della *locatio conductio*³⁶.

In realtà, Alfeno nel testo parlava di una *locatio* eccezionale, in quanto vi è un cambiamento di proprietà, come pone in risalto De Robertis, che è lontana dalle nuove concezioni³⁷. Benché De Robertis si concentri più sul deposito che sulla *locatio*, egli conclude affermando il principio secondo cui il nauta assume la responsabilità della consegna mancata delle merci dell'*idem genus* ma non dell'*idem*. Sembrerebbe che tale conclusione non disapprovi la teoria di Amirante,

falso, se il padre di famiglia abbia dato l'oro affinché da quell'oro l'orefice producesse qualcosa per lui. Allora infatti, sebbene l'oro si trovi presso l'orefice, la proprietà (tuttavia non è stata mutata) rimane tuttavia di colui che lo ha consegnato e risulta solo che questi dovrà corrispondere la mercede per l'opera dell'orefice. E tramite ciò siamo condotti a ritenere che nondimeno l'oro sia dovuto alla moglie. Che se il padre di famiglia ha dato l'oro all'orefice, ma affinché questi gli facesse un qualche piccolo oggetto non con quell'oro, ma con altro oro, allora, dal momento che proprietà di quell'oro del padre di famiglia si trasferisce all'orefice sembra in effetti che egli abbia compiuto una sorta di permuta non passerà alla moglie anche quest'oro.

³⁵ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 72.

³⁶ Amirante afferma che il concetto alfeniano di *res locata* si amplia fino a ricomprendere le costruzioni, però Alfeno ignora ancora il concetto di *opus locatum*. Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 77.

³⁷ De Robertis afferma che col testo si fosse inteso ad una trascuraggine dei compilatori giustinianeî ed eliminare la incongruenza di una locazione importante trasferimento di proprietà. Cfr. DE ROBERTIS, *Il regime*, cit., p. 102.

secondo la quale, l'*idem* può essere sostituito dell'*idem genus* concernente l'obbligazione di restituzione da parte del conduttore ³⁸.

Fiori esprime, in contrapposizione rispetto ad Amirante, che la logica dimostrativa di Alfeno e la conclusione a cui giunge il giurista dimostrino sufficientemente che il problema di fondo sia proprio il passaggio di proprietà. Secondo Fiori, non è possibile affermare che per Quinto Mucio si avesse locazione solo quando vi fosse l'*idem* e che con Alfeno fosse stata accettata una locazione anche laddove fosse stato restituito l'*idem genus* ³⁹. Dunque, la giurisprudenza tardo-repubblicana non escludeva il ricorrere di una *locatio conductio* anche in quei negozi in cui si realizzava un trasferimento di proprietà ⁴⁰.

I giuristi svolgono indagini partendo dalla spiegazione relativa al motivo della differenza tra i due generi della cosa locata ⁴¹. È indubbio che la differenza tra due concetti della *res locata* dimostri un trasferimento della proprietà dal locatore al *nauta*, ma è anche innegabile che il trasferimento della proprietà sia solo una causa della responsabilità accollata da parte del conduttore nel rapporto della *locatio* ⁴².

³⁸ Infatti, Cardilli interpreta il testo come una reinterpretazione della soluzione repubblicana della responsabilità contrattuale del conduttore. Cfr. R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano: 2. sec. a. C.-2. sec. d. C.*, Milano, 1995, p. 275

³⁹ FIORI, *La definizione*, cit., p. 79-80.

⁴⁰ FIORI, *La definizione*, cit., p. 80.

⁴¹ Si veda particolarmente l'indagine di Cardilli, prendendo l'esame del motivo dell'esito dell'*inudicium locati-conducti*, egli ha dato sua spiegazione della distinzione. Cfr. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*, cit., p. 274-276.

⁴² In verità, secondo i giuristi tedeschi, il trasferimento della proprietà è proprio un elemento della multiformità della disciplina caratterizzante i differenti modelli negoziali della *locatio conductio*, cfr. G. MANCINETTI, *L'emersione dei doveri «accessori» nella 'locatio conductio'*, Padova, 2017, p. 6 nt. 10.

Perciò, non sembra così discusso il pensiero di Amirante in relazione all'argomento dell'oggetto della *locatio conductio operis*. Il concetto dell'*idem genus* è un inizio della *locatio conductio operis*, che permette l'emersione di un oggetto della *locatio conductio* che non è solo una *res locata*, ma anche il lavoro per raggiungere la realizzazione di una *res locata*. Tale innovazione ci presenterà poi il concetto dell'*opus locatum*.

3.1.2 Il concetto di *opus locatum: ex opere facto* (D.50.16.5.1)

Il concetto di *opus* posto da Labeone è un elemento che determina un'obbligazione principale della *locatio conductio operis*. Il termine relativo all'*opus* si trova nel testo D.50.16.5.1.

D.50.16.5.1 (Paul. 2 ad ed.): "*Opere locato conducto*": *his verbis labeo significari ait id opus, quod graeci apotelesma vocant, non ergon, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum.*

Labeone afferma: con '*opere locato conducto*' si intende quell'*opus* che i greci chiamano *apotelesma*, non, invece, quell'*opus* che i greci chiamano *ergon*, questo è il *corpus* fatto *ex opere* come qualcosa di compiuto.

Per quanto riguarda l'*opus locatum*, bisogna sempre considerare il confronto con l'*opera*. Innanzitutto, Glück sostiene che l'*opus locatum* e le *operae* appartengano alla *locatio d'opera*, dividendo la *locatio conductio* in due ove l'*opera* e la cosa sono due tipi di oggetto della *locatio* ⁴³. L'*opera* include due tipi: (a) l'*opera* che è prestata per eseguire un lavoro determinato, che qualcuno si è assunto di costruire contro un corrispettivo pattuito, e (b) l'*opera* intesa come attività che l'uomo promette di prestare contro una determinata mercede, senza che a ciò egli debba assumersi ulteriori cure e spese.

⁴³ Cfr. GLÜCK, *Commentario*, XVI, cit., p. 36-40.

Per questo, Glück, pertanto, ammette l'omogeneità dell'opera e dell'*opus*. Resta comunque soltanto il dato che la differenza fra l'opera e l'*opus* sussista nel fatto che si dà il primo nome solo al lavoro in sé stesso, od al servizio materialmente considerato, mentre con *opus* viene indicato ciò che col lavoro posto in essere è compiuto ed eseguito. L'*opus* nel senso proprio è denominato un lavoro affatto compiuto, come risulta da D. 50.16.5.1 ⁴⁴.

Quanto al concetto di *opus locatum*, ci sono altri studiosi che hanno dato una spiegazione concorde di D.50.16.5.1 partendo da un punto di vista diverso ⁴⁵. Prima di tutto, occorre vedere le parole di Brasiello, cui è stato fatto riferimento da parte di Amirante e Fiori. Brasiello accenna che con l'espressione '*opus locatum*', si debba intendere dunque '*ex opere facto corpus aliquod perfectum*', raggiungendo la conclusione cui egli perviene secondo cui quando si parla di un *corpus* perfetto si intende quale un'*opus* che su di esso è fatto sui materiali ⁴⁶. Per Brasiello, la definizione di *opus locatum* non comprende né l'insegnamento, né la raccolta delle olive, neppure la lavatura o la rammendatura ove non sussiste un'opera fatta dai materiali di essa. Inoltre, l'autore afferma anche che la sua considerazione risulti constatata dal fatto che la parola *opus* non si trova usata mai in queste situazioni. Infine, Brasiello conclude che *locatio conductio operis* non è locazione di opera in generale, ma locazione di un'opera, dell'opera, cioè locazione dell'*opus* inteso nel senso ora accennato di *corpus* ⁴⁷.

La definizione di Brasiello, infatti, è stata approvata da Amirante, il quale ha sostenuto come D.50.16.5.1 ci abbia conservato la definizione del concetto di *opus*

⁴⁴ Cfr. GLÜCK, *Commentario*, XIX, cit., p. 40.

⁴⁵ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 80-81; FIORI, *La definizione*, cit., p. 161-164; PINNA PARPAGLIA, «*Vitia ex ipsa re*», cit., p. 153.

⁴⁶ Cfr. BRASIELLO, *L'unitarietà*, cit., p. 577 ss.

⁴⁷ Cfr. BRASIELLO, *L'unitarietà*, cit., p. 579.

locatum ⁴⁸. Secondo Amirante, Brasiello ha illustrato assai bene il valore del concetto: è chiaro che nell'*opus locatum* non possano farsi rientrare la lavatura compiuta svolta dal *fullo*. Aggiunge Amirante ancora che il *corpus* il quale diviene *perfectum 'ex opere facto'* non sia affatto dissimile da quello di *res*, solo che *opus* è la cosa futura la quale ancora non è venuta ad esistenza, mentre la *res* è in senso rigidamente materialistico ⁴⁹.

Per di più, in riferimento al concetto di *opus locatum*, Amirante illustra anche i motivi per cui tale ultima nozione si debba rimandare a Labeone: a) il concetto sembra sconosciuto ancora ad Alfeno; b) la definizione del concetto è, inequivocabilmente, opera di Labeone; c) gran parte delle tesi giurisprudenziali in tema di *opus locatum* proviene da Labeone ⁵⁰.

Cannata afferma che tale testo ponga l'obbligazione di *opus facere* nella *locatio conductio operis* come un'obbligazione di risultato ⁵¹. Inoltre, quest'ultimo autore non formula nessuna critica sul concetto di *opus*, anzi ci fa presente che il testo sia stato adottato dalla pandettistica come definizione della *locatio conductio operis*, e sia anche posto alla base della tripartizione della *locatio* ⁵².

Successivamente, Fiori approfondisce la definizione e il valore dell'*opus locatum*, partendo dai termini greci nel frammento. Egli rileva che i due termini greci siano assunti da Labeone come *species* del *genus* '*opus*' mentre *corpus perfectum* rientri nella nozione generica di *opus* ⁵³. Quest'ultimo ha dato la

⁴⁸ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 78.

⁴⁹ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 80.

⁵⁰ AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 79.

⁵¹ Cfr. C. A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico: corso di diritto romano tenuto nell'Università di Cagliari, Anno Accademico 1967-1968*, Milano, 1969, p. 148 nt. 2.

⁵² Cfr. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità*, cit., p. 148 nt. 5. Ma sulla linea storica dello sviluppo della *locatio conductio*, ad avviso di Cannata, la linea evolutiva da Quinto Mucio a Labeone, passando per Alfeno è congetturale. Cfr. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità*, cit., p. 172.

⁵³ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 162.

definizione dei due termini, ove *facere* origina da *factum* e indica una semplice attività, invece *perficere* origina da *perfectum* e indica un'attività portata a realizzazione. Dunque, il frammento di Labeone può essere interpretato come segue: per *opus locatum conductum* bisogna intendere l'*opus perfectum*, e non l'*opus factum* ⁵⁴.

Ad avviso di Fiori, Labeone stava definendo l'espressione *opus locatum conductum*, non il termine *opus*, e lo scopo di Labeone sembra essere quello di chiarire il valore 'specifico' dell'espressione rispetto a quello 'generico' ⁵⁵. Alla fine, il valore della definizione, secondo Fiori, è che Labeone intendeva affermare semplicemente come in una *locatio conductio operis faciendi* è necessario che il prodotto dell'attività del conduttore sia conforme all'accordo delle parti, non essendo sufficiente che egli abbia realizzato comunque un 'prodotto' ⁵⁶.

3.1.3 L'equivocità recata dall'*opus locatum*: la distinzione tra *locatio conductio operis* ed *emptio venditio* nella scuola sabiniana (D.18.1.20)

Il concetto di *opus locatum*, avendo una similarità con la *res*, ha condotto ad una ambiguità con il contratto di compravendita, in cui la *res* è un elemento essenziale. Di conseguenza, bisogna chiarire la distinzione tra essi per l'identificazione del contratto di locazione. Si può prendere in considerazione il pensiero espresso in proposto da Sabino.

D.18.1.20 (Pomp. 9 ad Sab.): *Sabinus respondit, si quam rem nobis etiam fieri velimus, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri, nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret: aliter atque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur.*

⁵⁴ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 164.

⁵⁵ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 161.

⁵⁶ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 165.

Il giurista rispose come, anche nel caso in cui vogliamo che venga per noi prodotta una cosa, come una statua od un vaso oppure un vestito, con l'accordo che dobbiamo dare come corrispettivo nient'altro che una somma di denaro, si considera che si tratti di una compravendita, e che non può vedersi una locazione di opera laddove colui, per il quale l'opera deve essere fatta, non ha dato l'oggetto stesso da elaborare. Diverso il caso in cui io dessi l'area, dove tu dovresti edificare un casamento, poiché in questo caso la sostanza <di ciò che deve essere elaborato> proviene da me.

Prima di parlare della differenza tra locazione e compravendita, Glück approfondisce il motivo di essa. Secondo l'autore, per i Romani non è stata una cosa inusitata anche nella *locatio conductio* l'uso della *mancipatio* con l'aggiunta del *pactum fiduciae*, un'espressa alienazione o trasmissione della proprietà di una cosa sotto condizione della restituzione o della *remancipatio*⁵⁷. A chi riceveva, egli poteva rivendicare da chiunque eventualmente ritenesse la cosa, quella a lui tramessa colla *mancipatio*; e il fatto che chi dava poteva in forza del *judicium fiduciae* tanto più essere assicurato, in quanto che riceveva la restituzione della propria cosa, era in uso anche nella *locatio et conductio operis*⁵⁸. Dunque, l'origine della distinzione tra locazione e compravendita rileva che Glück considera il trasferimento del *dominium* nella locazione. In questo senso si è pronunciato anche Diliberto, secondo il quale la differenza tra locazione e compravendita si deve vedere nella restituzione della cosa⁵⁹.

Inoltre, ad avviso sempre di Glück, le denominazioni *manceps* o *redemptor operis*, con le quali anticamente era indicato il *conductor operis faciendi*, devono derivarsi

⁵⁷ Cfr. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, XVI, cit., p. 43.

⁵⁸ Cfr. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, XVI, cit., p. 43.

⁵⁹ Cfr. O. DILIBERTO, *Locazione e compravendita nel diritto romano: differenze e similitudini in due casi di scuola*, in *Global Law Review*, III, 2017, p. 14.

dall'espressa *mancipatio fiduciaria*. Glück ci ha posto pure un quesito: per quale motivo presso gli antichi la parola vendere fu spesso usata per *locare* ed *emere* per *conducere*? Egli conclude, tuttavia, che la differenza essenziale fra i due contratti resta sempre fondata sul fatto che con la vendita viene promesso di concedere ad un altro per un prezzo determinato la cosa stessa con tutti i diritti ad essa inerenti, con la seconda invece solo l'uso della cosa contro un determinato fitto ⁶⁰.

Grego si aggiunge alle opinioni degli studiosi, facendo riferimento al diritto attuale, quando traduce il commentario di Glück. Ad avviso di Grego, infatti, la distinzione tra locazione e compravendita è diversa nella locazione di cose e d'opera ⁶¹. In conclusione, bisognerebbe concentrarsi sulla distinzione tra compravendita e la locazione d'opera. L'autore ha proposto due ipotesi: quella che l'operario e l'imprenditore abbiano a prestare esclusivamente l'opera propria, e quella che essi debbano fornire nello stesso tempo l'opera e la materia. Nel primo caso non c'è dubbio che si tratti di locazione d'opera.

Per il secondo, Grego illustra anche altre tre opinioni diverse. A suo avviso, Puchta distinguerebbe i due contratti a seconda del proprietario nel momento in cui la cosa è consegnata, enunciando il principio che quando il locatore dell'opera resta proprietario fino alla consegna della cosa, si ha un contratto di vendita, in caso contrario v'è una *locatio conductio operis* ⁶². Invece Goschen distinguerebbe la circostanza per cui l'esecutore dell'opera ne abbia forniti anche tutti i materiali, nel qual caso ravvisa una *emptio et venditio rei futurae*, o ne abbia fornita solo una parte: allora egli crede che il contratto debba essere regolato dalle norme relative alla locazione d'opera, malgrado vi sia in ciò qualcosa di irregolare. L'opinione

⁶⁰ Cfr. GLÜCK, *Commentario*, XIX, cit., p. 44.

⁶¹ Cfr. GLÜCK, *Commentario*, XIX, cit., p. 45.

⁶² Cfr. GLÜCK, *Commentario*, XIX, cit., p. 45.

intermedia che il contratto, pur avendo molti rapporti comuni con la vendita, sia misto di locazione d'opera e di vendita, viene da Pacifici Manzoni.

Dando fiducia al testo veronese, Amirante analizza e valuta l'opinione di Cassio nel testo di Gai. 3.147⁶³. Secondo Amirante, si deve riandare al pensiero di Quinto Mucio e di Alfeno, facendo il paragone tra loro⁶⁴. Amirante ha raggiunto la conclusione che il metodo di pensare la *res locata* materialmente abbia impedito a Quinto Mucio e Alfeno di inquadrare in un rapporto unico l'accordo relativo alla fabbricazione di anelli con oro dell'*aurifex*; al contrario, invece Cassio fu del parere che nascessero entrambi i rapporti contrattuali, *emptio venditio* della materia, *locatio-conductio* delle *operae*⁶⁵.

Per quanto riguarda Sabino, Amirante esamina anche i pareri, secondo lui, non condivisibili di Beseler e Solazzi⁶⁶. Ad avviso di Amirante, nel caso in cui il lavoro costruiva un rapporto autonomo di *locatio conductio operarum*, Sabino dice

⁶³ Amirante ha mostrato le varie opinioni sull'autenticità del veronese, per cui ha citato l'opinione di Kniep e Beseler. Il primo si è limitato a disconoscere l'autenticità del periodo *arqui-fine*, e ciò soltanto per la sciatteria formale della frase. Il secondo non solo conviene su questo punto con il critico tedesco, ma nega recisamente che Cassio possa essersi espresso nel modo riferito da Gaio. Successivamente, ha fatto una definitiva anche ragionevole critica anche sull'opinione di Solazzi che nega proprio l'autenticità del Veronese, affermando la paternità del manoscritto di Verona. Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 90-93. Gai. 3.147: *Item quaeritur, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret et acciperet verbi gratia denarios CC, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem. Sed plerisque placuit emptionem et venditionem contrahi. Atqui si meum aurum ei dederò, mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi.* Si chiede anche se l'orafo è d'accordo con me che mi facesse anelli di un certo peso del suo oro e di una forma definita, e ricevere, ad esempio, 200 denari, sia per acquisto e vendita che per locazione e conduzione essere disegnato. Cassio dice che l'acquisto e la vendita della materia è contratto, ma l'affitto dei lavoratori. Tuttavia la maggior parte dei giuristi ha deciso di contrattare l'acquisto e la vendita. Se gli do il mio oro, in cambio del salario stabilito per i lavori, si conviene che si contratta la locazione.

⁶⁴ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 94.

⁶⁵ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 94.

⁶⁶ Sulle opinioni di Beseler e Solazzi, Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 96.

che se null'altro diamo che denaro non vi è locazione, ma vi è compravendita ⁶⁷. Per negare la *locatio conductio operarum* affermata da Cassio, Sabino utilizza e richiama il concetto di *opus locatum* formulato da Labeone, soggiungendo '*nec posse ullam locationem esse ubi corpus ipsum non detur*'. Come pone in risalto Amirante, Sabino in D.18.1.20 risponde come il fatto che il locatore si obblighi a consegnare la materia al conduttore non è logicamente indispensabile al concetto di *opus locatum*. Sabino si esprime in modo tale da lasciarci intendere come basti che il committente dia una parte ancorché piccola dei materiali, perché si abbia locazione e non *emptio-venditio*.

Sempre ad avviso di Amirante, il valore scientifico e la pratica utilità del concetto di *opus locatum* si svelano ancora una volta.

Fiori approfondisce le opinioni di Sabino e Cassio nella scuola sabiniana. Innanzitutto, l'autore focalizza l'attenzione sulla proprietà della cosa nel negozio, partendo dalla distinzione tra *corpus* e *substantia* usati da Sabino ⁶⁸. Fiori sottolinea che Sabino rovescia il principio e lo trasforma nel criterio fondamentale per distinguere tra *locatio conductio* ed *emptio venditio*: quando vi è trasferimento di *dominium* non può esservi locazione, bensì compravendita. L'autore paragona il motivo filosofico e giuridico del testo di Sabino in D.18.1.20 ⁶⁹, e afferma che le convenzioni filosofiche di Sabino abbiano provocato la rottura con la tradizione giurisprudenziale precedente, ma il criterio della trasmissione del *dominium* sia una considerazione strettamente giuridica.

⁶⁷ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 97-99.

⁶⁸ Sabino sta utilizzando queste espressioni facendo riferimento ad una prospettiva teoretica ben precisa, quella dello stoicismo. Nei suoi responsi, '*corpus*' è utilizzato per indicare tanto la materia che viene modellata dalla forma fino a creare la *res*, quanto la *res* stessa, *substantia*, invece, può indicare tanto il '*substrato*' che permane nelle trasformazioni della *res*. Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 192.

⁶⁹ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 206.

Ad avviso sempre di Fiori ⁷⁰, inoltre, la committenza e l'attività svolta dall'orefice sono sufficienti per i giuristi tardo-repubblicani a qualificare il negozio come locazione, anche quando si fosse verificato un trasferimento di proprietà.

In quanto a Cassio, l'autore accenna che il giurista abbia individuato due negozi, l'*emptio et venditio materiae* e la *locatio conductio operarum*, analizzando l'espressione (*materia*) di Cassio in Gai.3.147 ⁷¹. Secondo Fiori, nella prospettiva di Cassio, la *locatio conductio* ha due elementi caratterizzanti, l'opera in negativo e l'opera in positivo. Il primo è il non-trasferimento del *dominium*, e il secondo è l'attività realizzata dall'artefice che è parte fondamentale del rapporto di committenza e non può essere annullata in una *emptio venditio* ⁷².

3.1.4 Conclusioni

Un quadro di sintesi nella *locatio conductio operis* è offerto nelle istituzioni di Gaio che prendono le mosse dalla *locatio conductio* della *res*. Da qui, emerge che vi furono tre svolte importanti elaborate dai giuristi tardo-repubblicani fino alla scuola sabiniana: a) con l'emersione dell'*idem genus* e dell'*idem* è iniziata l'innovazione nella *locatio conductio* della *res*. b) con la nascita dell'*opus locatum*, basandosi sulla *res locata*, la giurisprudenza ha ampliato l'oggetto della *locatio conductio*. c) con la progressiva della distinzione tra *locatio conductio* e *emptio venditio* si è giunti alla tipizzazione definitiva del contratto di *locatio*.

La base delle tre fasi, palesemente, è la *res locata*. Innanzitutto, il trasferimento della proprietà è stato considerato anche nella locazione ⁷³ dove D.34.2.34pr. ha

⁷⁰ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 203.

⁷¹ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 213.

⁷² Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 214.

⁷³ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 80.

configurato il passaggio del *dominium* nella *locatio*, dunque nel caso del trasporto marittimo e nella cosiddetta *locatio irregularis*, oppure nella trasformazione della materia ⁷⁴, può sussistere anche una locazione. Inoltre, il riconoscimento di una *res* restituita nello stesso genere ha creato la possibilità di uno sviluppo nella *locatio conductio operis* ⁷⁵.

Di conseguenza, il concetto di *opus locatum*, successivamente, è divenuto l'embrione della *locatio conductio operis*. Come ha sostenuto De Robertis, la denominazione di *locatio conductio operis faciendi* comprende la situazione del lavoratore che, dietro corrispettivo e su materia prima fornitagli dal committente, avesse promesso di indirizzare la propria attività al raggiungimento di un determinato risultato rimesso alla sua autonoma inventiva e perizia, che l'altra parte avrebbe fatto proprio ⁷⁶. Rispetto alla *locatio* della *res*, la *locatio* d'opera include anche l'attività mirata al raggiungimento dell'*opus locatum*. Dunque, l'oggetto della *locatio* oppure il significato di *res* è stato allargato dove non comprendeva soltanto una *res*, ma anche il lavoro che è stato fatto per formare quella *res*.

L'ultima svolta, ovvero la distinzione tra locazione e compravendita, risulta palese e anche inevitabile dal momento che i due rapporti giuridici trattano entrambi una dazione della *res*. Infatti, Gaio ha proposto due esempi (Gai 3.145 e Gai 3.146) per spiegare la distinzione tra la compravendita e la *locatio* della *res* ⁷⁷.

⁷⁴ La trasformazione della materia comprende un ambito ampio dei casi della locazione, da lavaggio dei vestiti alla costruzione della casa. Cfr. P. J. DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE - 284 CE*, Leiden, 2012, p. 55.

⁷⁵ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 77.

⁷⁶ Cfr. F. M. DE ROBERTIS, '*Operae*' (diritto romano), in *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino, 1957, p. 7.

⁷⁷ Cfr. DILIBERTO, *Locazione e compravendita*, cit., p. 5 ss. Gai. 3.145: *Adeo autem emptio et uenditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere uidentur, ut in quibusdam causis quaeri solet, utrum emptio et uenditio contrahatur an locatio et conductio, ueluti si qua res in perpetuum locata sit*. La compravendita e la

La distinzione, fondata sul mancato trasferimento della proprietà, da un lato ha confermato la tipicità della locazione essendo un contratto consensuale, dall'altro ha offerto la possibilità che l'*opus*, in particolare la fornitura di *operae* può essere l'oggetto del contratto di locazione.

L'affermazione che l'*opus* sia l'oggetto di *locatio conductio* rivela un avanzamento della teoria giuridica del contratto. Da questo punto di vista, si può ritenere che la *locatio* sia suddivisa in tre specie. Attraverso l'elaborazione dell'oggetto del contratto stesso, esse hanno formato una struttura generica. In modo contemporaneo allo sviluppo di una forma diversa della *res*, oppure dell'*opera*, si è sviluppata l'idea del contratto odierno come il contratto di servizio e il contratto di lavoro dove l'attività lavorativa sia l'oggetto del contratto.

locazione conduzione sono considerate simili al punto che, alle volte, si è soliti chiedersi se sia stata contratta una compravendita o una locazione conduzione. Nel caso, ad esempio, della locazione perpetua di un bene, che si dà con riferimento ai fondi municipali, che vengono locati con la clausola secondo cui il fondo non potrà essere sottratto né al conduttore né al suo erede sin tanto che venga corrisposto il canone. Ma si ritiene che si trattasse piuttosto di locazione conduzione. Gai. 3.146: *Item si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos uero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emptio et uenditio an locatio et conductio contrahatur. et magis placuit eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam uideri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et uenditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque uenditione aut locatione.* Ci si domanda, parimenti, se vi sia compravendita o locazione conduzione nel caso in cui io ti abbia consegnato dei gladiatori con la seguente clausola: che mi fossero dati venti denari per compensare lo sforzo di ciascuno di coloro che fossero rimasti incolumi e mille denari per ciascuno di coloro che fossero stati uccisi o feriti; e ciò è desumibile dalle circostanze, nel senso che per ognuno s'intende costituita una compravendita o locazione conduzione condizionata. Ormai non v'è dubbio, infatti, circa la possibilità di vendere o locare sotto condizione.

3.2 L'obbligazione del locatore e del conduttore

3.2.1 L'obbligazione nei formulari catoniani: il dubbio sulla rilevanza della *locatio conductio operis* consensuale (Cat. Agr. 144)

All'obbligazione del locatore, o più precisamente, al riconoscimento del contratto di *locatio conductio operis* come contratto consensuale, si collegano le prime testimonianze nell'ambito delle elaborazioni della giurisprudenza della Repubblica ⁷⁸.

Già Catone parlando della *locatio* della *lex oleae legendae*, infatti fa riferimento alla *satisdatio*. Pertanto nel testo di Catone, i termini non hanno un significato tecnico giuridico proprio del contratto consensuale, bensì un significato generico e non ci sono quindi le prove dell'uso di essi nel senso della locazione, quale contratto tutelato come contratto consensuale ⁷⁹.

Cat. Agr. 144: (1) *Oleam legendam hoc modo locare oportet: oleam cogito recte omnem arbitrato domini, aut quem custodem fecerit, aut cui olea venierit; oleam ne stringito neve verberato iniussu domini aut custodis; si adversus ea quis fecerit, quod ipse ho(c) die legerit, pro eo nemo solvet neque debebitur.* (2) *Qui oleam legerint, omnes iu(r)anto ad dominum aut ad custodem sese oleam non subripuisse neque quemquam suo dolo malo ea oleitate ex fundo L. Manli. Qui eorum non ita iuraverit.* (5) *leam cogi recte satisdato arbitrato L. Manli* ⁸⁰.

⁷⁸ Per quanto riguarda la prova repubblicana, in generale, la letteraria relativa più antica parte dal tempo di Plauto, e le prime attestazioni esistono nei formulari catoniani. Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 28 ss; FIORI, *La definizione*, cit., p. 11.

⁷⁹ Infatti, Amirante in realtà sostiene che le prime testimonianze della *locatio* nel senso giuridico del contratto consensuale vengano poste da Quinto Mucio. Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 33, 47.

⁸⁰ Il testo continua così: *Scala ita uti datae erunt, ita reddito, nisi quae vetustate fractae erunt: si non erunt redditae, aequom viri boni arbitrato deducetur.* (3) *Si quid redemptoris opera domino damni datum erit, resolutio id viri boni arbitrato aut deducetur. Legulos, quot upus erunt, praebeto et strictores. Si non praebuerit, quanti conductum erit aut locatum erit, deducetur: tanto minus debebitur. De fundo ligna et oleam ne deportato. Qui oleam kegerit, qui deportarit, in singulas deportationes SS n(ummi) II deducetur neque id debebitur.* (4) *Omnem leam puram metietur modio*

Catone afferma che la raccolta delle olive va appaltata in questi termini: (l'appaltatore) raccolga onestamente tutte le olive secondo il volere del padrone o di colui, che il padrone ha designato come custode, o di colui, cui le olive sono state vendute, non colga le olive e non le bacchi senza ordine del padrone o del sorvegliante; se qualcuno agirà diversamente, per tutto ciò che avrà raccolto in giornata non lo si pagherà né gli si dovrà alcunché. Coloro che abbiano effettuato il raccolto giurino tutti al padrone o al custode che né essi in prima persona né altri con la loro complicità hanno sottratto olive dalla proprietà di L. Manlio durante la raccolta; a quello dei raccoglitori, che non presterà tale giuramento, per tutto quanto avrà raccolto nessuno darà niente e niente sarà dovuto. Dia garanzia, secondo la volontà di L. Manlio, che il raccolto delle olive verrà effettuato con tutta onestà.

Nei formulari catoniani, il capitolo dell'*olea legenda*, contiene un formulario abbastanza completo⁸¹, e il testo dell'*olea legenda* parla non soltanto dell'olive raccolte, ma anche della raccolta dell'olive. Dunque, si devono esaminare le obbligazioni del locatore nel testo di Catone per distinguere a quale locazione tali obbligazioni appartengano. A tal proposito, ci sono due studiosi che hanno fatto delle indagini esaurienti.

In ordine all'obbligazione, Amirante prima chiarisce i significati dei termini relativi al contratto riportati nel testo. Egli afferma che il termine *locare* ha il senso di affidare a qualcuno un compito da svolgere, un'opera da compiere, che

oleario. Adsiduos homines L praebeto ; duas partes strictorum praebeto. Ne quis concedat, quo olea legunda et faciunda carius locetur, extra quam si quem socium inpraesentiarum dixerit si quis adversum ea fecerit, si dominus aut custos volent, iurent mones socii ; si non ita iuraverint, pro ea olea legunda et faciunda nemo dabit neque debbitur ei qui non iuraverit. (5) Accessiones: in (modios) MCC accedit oleae salsae(modii) V, olei puri p(ondo) VIII ; in tota ole(i)tate SS V, aceti q(uadrantalia) V. Quod oleae salsae non acceperint, dum oleam legent, in modios singulos s(estertii) s(inguli) dabuntur.

⁸¹ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1952, p. 75 ss.

possono essere tanto la costruzione della villa, quanto la raccolta delle olive o la loro pigiatura nel frantoio ⁸². Di conseguenza, il locatore, ovvero chi loca, ha l'obbligo di dare un incarico all'altro contraente. Ad avviso di Amirante, *locare* in queste accezioni non ha il senso tipico del campo giuridico del contratto consensuale, 'che ciascuno dei capi si dilunga ad enumerare i singoli obblighi a cui dovrà sottostare l'assuntore e le varie cose che dovranno essere fornite dall'una o dall'altra parte contraente'; inoltre, l'autore ritiene che *l'arbitratus domini* non è come una *probatio* dell'opera realizzata ma come se fosse un potere del *dominus* ⁸³.

Dunque, si può concludere dall'indagine che il *redemptor*, ovvero il conduttore, ha l'obbligo di fornire mano d'opera ⁸⁴, e il *dominus* invece ha l'obbligazione di accettare le opere fornite dal *redemptor*.

Infine, Amirante afferma che i confini tra compravendita e locazione non erano chiari per Catone, per cui egli ammette che i formulari catoniani di compravendita, come aveva già fatto Arangio-Ruiz e dove sarebbe stata applicata una *verborum obligatio*, siano appropriati ed utilizzabili anche per la locazione dell'*olea legenda* e dell'*olea faciunda* ⁸⁵.

⁸² Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 38.

⁸³ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 38 ss.

⁸⁴ Ad avviso di Amirante, il *redemptor* ha l'obbligo di fornire anche tutti gli altri suoi obblighi possono collegarsi col fatto che egli deve assumersi la responsabilità di quanto egli può compiere. Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 39.

⁸⁵ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 35 ss. Per l'affermazione di Arangio-Ruiz, egli ritiene che Catone non abbia dato veri formulari di contratti, ma piuttosto capitolati relativi a vendite da farsi all'incanto. A suo avviso, i formulari catoniani della compravendita si trova più completamente nel capitolo dell'*olea pendens*. I contraenti sono il futuro compratore e il *dominus*. Il compratore ha gli impegni come esprimere comandi, ed essi vengono dalla sua *promissio*. Invece, il *dominus* deve esigere un'idonea garanzia personale, cioè una *satisfactio*. Cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 75 ss.

Più recentemente, l'indagine di Fiori sulla *verborum obligatio*, o più precisamente, sull'obbligazione nel testo di Cat. Agr. 144 conduce verso una conclusione diversa da Amirante⁸⁶. Però per quanto riguarda l'obbligazione del *dominus* e del *redemptor*, le opinioni di Fiori non sono assai diverse da quelle di Amirante.

Per il *redemptor*, Fiori indica innanzitutto che l'intera *oleam leger/facere* è rappresentato unitariamente come *opera redemptoris*⁸⁷. Dunque il *redemptor* è tenuto a fornire la manodopera '*homines, strictores, leguli praebere o dare*' e il *cogere/facere oleam*: l'ultimo di questi obblighi sembrerebbe essere l'obbligo principale, e il primo invece ha un carattere accessorio. Dunque, in riferimento all'obbligazione del locatore, secondo Fiori, il *dominus* ha l'obbligo di *argentum dare*. E il *redemptor* si obbliga a prestare la sua attività. La somma della *merces* è basata su *olea legunda et faciunda*, però sarebbe stata computata sul quantitativo di *olea lecta e facta*⁸⁸.

Detto ciò, Amirante e Arangio-Ruiz tuttavia hanno fornito gli argomenti più convincenti. Ma occorre ancora formulare una considerazione più importante che tratta l'obbligazione del locatore nei formulari catoniani e riguarda le obbligazioni della locazione della *res*. Infatti, Amirante inizia sua indagine dalla

⁸⁶ Fiori ha negato una *verborum obligatio* di Cat. Agr. 144.5 posta da Arangio-Ruiz e confermata da Amirante. Fiori afferma che la *promissio* e la *satisdatio* in Cat. Agr. 144 hanno due funzioni diverse. Il primo contempla gli obblighi delle parti mentre il secondo ha una funzione di garanzia. Come pone in risalto Fiori, in Cat. Agr. 144 la *satisdatio* non sarebbe insieme con una *promissio*, per cui l'obbligo di *cogere/facere* non ha una veste formale. Ad avviso di Fiori, il formulario dell'*olea legenda* si avvicina più a una *promissio* che ad una *satisdatio*. Tuttavia egli aggiunge che anche se il *recte cogere* non è formalizzato in Cat. Agr. 144, esista l'esigenza di tutelarlo con una *satisdatio*. In conclusione, Fiori esclude l'intero rapporto tra le parti nei capitoli 144-145 versato in una *verborum obligatio*, ma egli ammette che Cat. Agr. 144 in esame siano contenute alcune clausole che esprimono l'esigenza di una garanzia indiretta. Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 34 ss.

⁸⁷ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 36.

⁸⁸ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 36.

lettera di Plauto e conferma che i termini di *locare* intendono 'dare' e 'prendere in locazione', e di cui l'oggetto è quasi sempre una *res* materiale o la persona stessa del lavoratore ⁸⁹. In quest'ultimo caso, tuttavia, la persona è stata considerata come una *res*. Come ritenuto poi anche da Fiori, dove l'obbligazione del locatore è il pagamento della mercede, è constatato ancora una volta che il locatore è in obbligo di pagare la mercede calcolata sulla *res* ⁹⁰.

Di conseguenza, l'obbligazione sul piano consensuale del locatore e del conduttore *operis* non deriverebbe dal testo di Catone ⁹¹. I formulari catoniani tuttavia, hanno previsto la tutela del rapporto della locazione, per di più, hanno fornito una struttura base al contratto della locazione. Viceversa, ad avviso di Fiori, la figura consensuale nei formulari catoniani si avvicina ad una *locatio conductio operis*, che abbraccia un rapporto di committenza in cui la *merces* viene pagata sulla realizzazione di un *opus*, sul quantitativo di *olea lecta e facta*, e sulle giornate di lavoro impiegate per lo svolgimento dell'attività ⁹².

In conclusione, i formulari catoniani comprendono un'idea principale della locazione, dove sorge il rapporto giuridico fondamentale del contratto cioè l'obbligazione dei contraenti. Il contributo dei formulari da un lato ha influito sulla formazione delle obbligazioni del locatore nella *locatio conductio operis*, grazie all'unitarietà della *locatio*; da l'altro lato, hanno ispirato anche il pagamento della *merces* del locatore *operis* ovvero una delle obbligazioni del locatore nella *locatio conductio operis*.

⁸⁹ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 33.

⁹⁰ Fiori afferma che il dominus paga la *merces* in proporzione all'*olea* raccolta e spremuta. Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 39.

⁹¹ I sostenitori di tale prospettiva, si veda anche Cardilli, cui sostiene che gli obblighi nell'*oleam legndam* sono riconosciuti come forma d'autotutela. Cfr. R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*, cit., p. 71 ss.

⁹² Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 43 ss.

3.2.2 La formazione indiretta delle obbligazioni nella *locatio conductio operis* (D.34.2.34pr.)

Le testimonianze giuridiche più antiche della *locatio conductio* si trovano nel noto testo D.34.2.34pr.⁹³, dove è stato espresso e commentato il pensiero di Quinto Mucio. In questo periodo, l'obbligazione del locatore viene trattata anche nella locazione *operis*.

D.34.2.34pr. (Pomp. 9 ad. Quint. Muc.): *Si aurum suum omne pater familias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciendum dedisset aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur. POMPONIUS: hoc ex parte verum est, ex parte falsum. nam de eo, quod debetur, sine dubio: ut puta si auri libras stipulatus fuerit, hoc aurum, quod ei deberetur ex stipulatu, non pertinet ad uxorem, cum illius factum adhuc non sit: id enim, quod suum esset, non quod in actione haberet, legavit. in aurifice falsum est, si aurum dederit ita, ut ex eo auro aliquid sibi faceret: nam tunc, licet apud aurificem sit aurum, dominium tamen non mutavit, manet tamen eius qui dedit et tantum videtur mercedem praestaturus pro opera aurifici: per quod eo perducimur, ut nihilo minus uxori debeatur. quod si aurum dedit aurifici, ut non tamen ex eo auro fieret sibi aliquod corpusculum, sed ex alio, tunc, quatenus dominium transit eius auri ad aurificem (quippe quasi permutationem fecisse videatur), et hoc aurum non transibit ad uxorem.*

Quinto Mucio scrive: se il padre di famiglia avesse lasciato in eredità tutto il suo oro a sua moglie, quell'oro che aveva dato all'orefice per essere contratto, o ciò che gli era dovuto, se dall'orefice non c'era risposta, non era rientrato alla donna. Pomponio invece dice che questo in parte è vero, in parte falso. Infatti riguardo a ciò che è dovuto senza dubbio è vero: come ad esempio se il padre di famiglia si sia fatto promettere delle libbre d'oro, quest'oro che gli è dovuto in

⁹³ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 48. Anche Cfr. J. L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola Opera*, Roma, 2018, p. 253. Fiori invece afferma che il testo di Elio Gallo sia la più antica testimonianza in tema di locazione conservata ne Digesto, ma non ha accentuato 'testimonianza giuridica'. Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 45.

base alla *stipulatio* non spetta alla moglie, dal momento che ancora non è divenuto di lui: egli infatti dispose per legato di ciò che fosse suo, non di quanto potesse richiedere con azione. In riferimento al caso dell'orefice, invece, il parere di Quinto Mucio è falso, se il padre di famiglia abbia dato l'oro affinché da quell'oro l'orefice producesse qualcosa per lui. Allora infatti, sebbene l'oro si trovi presso l'orefice, la proprietà (tuttavia non è stata mutata) rimane tuttavia di colui che lo ha consegnato e risulta solo che questi dovrà corrispondere la mercede per l'opera dell'orefice. E tramite ciò siamo condotti a ritenere che nondimeno l'oro sia dovuto alla moglie. Che se il padre di famiglia ha dato l'oro all'orefice, ma affinché questi gli facesse un qualche piccolo oggetto non con quell'oro, ma con altro oro, allora, dal momento che la proprietà di quell'oro del padre di famiglia si trasferisce all'orefice sembra in effetti che egli abbia compiuto una sorta di permuta non passerà alla moglie anche quest'oro.

In realtà, in tale testo di Quinto Mucio si fa riferimento anche al *legato*⁹⁴. Come pone in risalto Cardilli, il pensiero di Quinto Mucio è basato sulla delimitazione del *suum omne aurum* per comprendere i limiti del legato relativo alla configurabilità di un *debere* dell'erede⁹⁵. Tuttavia, non si può negare l'esistenza di un rapporto in cui il marito (committente) consegna il suo oro all'orefice (conduttore), e quest'ultimo lo lavora e lo restituisce al marito. E tale rapporto è considerato come una *locatio conductio operis* nella giurisprudenza successiva.

⁹⁴ Fiori esprime che 'tratta della locazione solo indirettamente', cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 50. Infatti, in D.34.2.34, troviamo tre dottrine muciane tutto connesse alla quantificazione dell'oro oggetto di un legato. Cfr. J. L. FERRARY, *Quintus Mucius Scaevola*, cit., p. 252 ss.

⁹⁵ Cfr. R. CARDILLI, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, 2016, p. 277. La *ratio* del parere muciano, tenendo conto anche della parziale critica che Pomponio fa allo stesso, è fondata sulla delimitazione del *suum omne aurum* per comprendere i limiti del legato in rapporto alla configurabilità o meno di un *debere* dell'erede.

Di conseguenza, bisogna concentrarsi sulle obbligazioni tra marito e orefice in relazione all'oro. In verità, il dubbio relativo all'obbligazione del marito è se ci sia l'alienazione ⁹⁶. Per Quinto Mucio, l'oro consegnato per la lavorazione o ancora non consegnato ma dovuto, non è più il patrimonio del testatore. In contrasto, Pomponio distingue tre situazioni: a) quest'oro che è dovuto al marito in base alla *stipulatio*, non è della moglie finché non è divenuto di lui; b) o il marito ha dato l'oro all'orefice per una produzione, l'oro sarà della moglie in quanto non è cambiata la proprietaria; c) basandosi sul presupposto 'a', l'orefice ha lavorato con altro oro, l'oro che il marito ha dato all'orefice non è più del marito.

Nella prima parte del testo in cui si trova la risposta di Quinto Mucio, Amirante deduce direttamente che Quinto Mucio non conoscesse ancora una *locatio* con la restituzione della *res locata* nel suo genere. Infatti, Quinto Mucio rispondeva che l'oro consegnato all'orefice non era un patrimonio del marito. Dunque, Amirante conclude che tale rapporto relativo all'oro è un rapporto di credito, e il committente dovrebbe intentare due azioni per quanto riguarda la lavorazione e la restituzione dell'oro ⁹⁷.

Fiori approfondisce tre ipotesi di Pomponio, facendo presente il dissenso di Benke e Metro ⁹⁸, secondo i quali la giurisprudenza tardo-repubblicana ammette il trasferimento di una proprietà nel rapporto di locazione, mentre i giuristi del principato lo negheranno ⁹⁹.

Secondo Fiori, il dissenso di Quinto Mucio e Pomponio sarebbe il risultato di uno sviluppo del contenuto del contratto di locazione, che non è dissimile dal pensiero di Amirante il quale lo approfondisce ricollegandolo al concetto *res locata* con una deduzione di logica.

⁹⁶ Cfr. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., p. 278.

⁹⁷ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 66 ss.

⁹⁸ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 59 nt. 183, nt. 184.

⁹⁹ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 60.

In conclusione, si può ritenere come in un rapporto che è conosciuto quale *locatio conductio operis*, il committente consegna all'artigiano l'oggetto della lavorazione, e quest'ultimo lavora sullo stesso oro. Su tale obbligazione, Quinto Mucio e Pomponio sostengono una diversa opinione sul trasferimento della proprietà.

3.2.3 Il pagamento della *merces* del locatore *operis* nella tarda-repubblica (D.19.2.30.3)

Prima di parlare delle obbligazioni, è necessario distinguere i contraenti nel rapporto di locazione, ovvero come definire le posizioni contrattuali del locatore e del conduttore. Sulla base di quanto affermato finora, si può ritenere che lo schema fondamentale della *locatio conductio* sia comunque la struttura '*uti frui---merces*' che è stata costruita dai giuristi repubblicani sulla base della consegna della *res*¹⁰⁰. Infatti, in qualsiasi prospettiva si voglia considerare il contratto che, sia quella di Amirante e Arangio-Ruiz, sia quella di Fiori, comunque in quest'epoca è affermato il contratto consensuale. E certamente ciò risulta un pensiero concorde formulato a partire da Quinto Mucio. Però, le parti non assumono sempre la stessa obbligazione nei diversi tipi di locazione.

Nella figura più antica di *locatio* della *res*, il locatore si obbliga a far godere una cosa al conduttore, e quest'ultimo si obbliga a pagare una *merces*. Nella *locatio conductio operarum* il locatore si obbliga a prestare le opere al conduttore contro un corrispettivo. Nell'ultimo sviluppo di *locatio* della *res*, cioè la *locatio conductio operis*, il conduttore si obbliga a raggiungere un determinato risultato

¹⁰⁰ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit. p. 286 ss.

complessivo per il locatore ¹⁰¹, e il locatore è colui che paga il compenso ¹⁰². In conclusione, nella *locatio conductio operis*, chi loca la *res* e paga la *merces* è il locatore.

Possiamo vedere il testo di un giurista repubblicano che riguarda proprio il pagamento della *merces*.

D.19.2.30.3 (Alf. 3 dig. a Paul. epit.): *Qui aedem faciendam locaverat, in lege dixerat: "quoad in lapidis opus erit, pro lapide et manupretio dominus redemptori in pedes singulos septem dabit": quaesitum est, utrum factum opus an etiam imperfectum metiri oporteret. Respondit etiam imperfectum.*

Colui che aveva dato in locazione la costruzione di una casa, in una clausola del contratto aveva detto: "finché l'opera consisterà in un lavoro di muratura in pietra, per la pietra e per la manodopera, il proprietario darà sette all'appaltatore per ogni piede di muratura". Si pose la questione se si dovesse misurare l'opera una volta completata o anche non ancora terminata. Il giurista diede il responso che si dovesse misurare anche non ancora terminata.

Secondo Amirante, per quanto riguarda la *locatio conductio operis*, è Alfeno che avrebbe cominciato a considerare un allargamento del concetto di *res locata* ma non fino a ricompredervi l'*opus* ¹⁰³. Oppure, come mette in risalto Fiori, il linguaggio che usano i giuristi romani possederebbe una 'certa oscillazione terminologica', stando ad indicare che Alfeno usa il termine *opus* ¹⁰⁴.

Iniziamo dall'indagine di Amirante. Innanzitutto, Amirante inquadra il testo di Alfeno nell'analisi del passaggio dalla *res locata* all'*opus*, concludendo che

¹⁰¹ Come vedremo nel testo di Alfeno, questo risultato complessivo non è obbligatorio nel rapporto di una *locatio conductio operis*.

¹⁰² Cfr. BIONDI, *Istituzioni*, cit., p. 497.

¹⁰³ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 77.

¹⁰⁴ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 123.

Alfeno non contempla il concetto di *opus*¹⁰⁵. Inoltre, egli ritiene che il concetto di *res locata* possa ampliarsi fino a comprendere le costruzioni della *locatio conductio*. L'oggetto dell'indagine di Alfeno nel testo è la *lex locationis*. Sempre ad avviso di Amirante, qui le parti della locazione sono il *redemptor* e il *dominus*. Il *dominus* è quello che loca e paga la *merces*, essendo quest'ultimo quello che loca e paga.

Per quanto riguarda le obbligazioni del locatore, Amirante afferma che la misurazione dei *pedes* costruiti non deve avvenire ad *opus* compiuto ma anche sull'*opus imperfectum*, il quale è anche il motivo per cui Amirante ritiene che Alfeno non ammette ancora il concetto di *opus*. Dunque, il *dominus* paga al *redemptor* contro i *pedes singulos*. Egli aggiunge tuttavia che nella costruzione il *dominus* si obbliga a fornire anche *calx, harena, acua, palea, terra unde lutun fiat*¹⁰⁶.

Riguardo alle obbligazioni del conduttore, secondo Amirante, Alfeno nell'esame della *lex locationis* pone in evidenza due obbligazioni per il conduttore. Innanzitutto, la mercede è calcolata dai *pedes singulos*, per cui il *redemptor* si obbliga a prestare il proprio lavoro allo scopo di una costruzione. Inoltre, il *redemptor* deve anche fornire il *lapis* che è la materia principale della costruzione¹⁰⁷. Infatti, qui si tratta anche dell'*idem genus*, ove il conduttore restituisce al *dominus* la costruzione sulle varie materie fornite dal *dominus* invece di un *idem*, cioè della stessa materia.

Un pensiero basato sull'indagine di Amirante, afferma che nella locazione descritta nel testo si fa riferimento all'identificazione del risultato e alla valutazione dell'adempimento¹⁰⁸. Dunque, in tale contesto, le obbligazioni della *locatio conductio operis* sono l'attuazione dell'appalto di opere edilizie, la

¹⁰⁵ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 77.

¹⁰⁶ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 76.

¹⁰⁷ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 76.

¹⁰⁸ Cfr. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità*, cit., p. 175.

accettazione (identificazione) e il pagamento (la valutazione). Però Cannata qui non accenna la misura della mercede.

Fiori, invece, approfondisce il testo e mette in risalto le obbligazioni dei contraenti facendo riferimento non soltanto all'*opus factum* ma anche al paragone tra *locatio conductio operis* e *locatio conductio operarum*. L'analisi di Fiori conferma ugualmente le obbligazioni del *dominus* e del *redemptor* nella *lex locationis* che sono state affermate anche da Amirante. Tuttavia, secondo Fiori, dalla mercede fissata in *pedes singulos* sorgerebbe la possibilità che la mercede debba essere pagata per l'*opus imperfectum* ¹⁰⁹. Però egli conferma anche come la possibilità non escluda che il *redemptor* non abbia la responsabilità di consegnare l'intero edificio, cioè l'*opus factum* al *dominus* ¹¹⁰.

Sembra chiaro il ruolo che le obbligazioni del locatore e del conduttore si svolgano intorno al pagamento della *merces*. Secondo Fiori, la mercede calcolata dall'*opus imperfectum* impone una questione, ovvero la regola della *merces* pagata per la locazione dell'*aedes facienda* potrebbe essere applicata anche nella *locatio conductio operarum*. Fiori ha dato la risposta che 'la *merces* del *redemptor* non è computata in giornate lavorative, ma per porzioni di *opus*' ¹¹¹.

Possiamo concludere che ad avviso di Fiori, il conduttore si obbliga a compiere l'*opus*, e consegna l'intero edificio. Inoltre, il locatore ha la responsabilità di pagare la mercede.

3.2.4 La *probatio* nella *locatio conductio operis* in D.19.2.60.3

Per quanto riguarda le obbligazioni della *locatio conductio operis*, Labeone non pone un'opinione assai diversa da Alfeno. Oltre a pagare la mercede, Labeone in

¹⁰⁹ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 121.

¹¹⁰ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 122.

¹¹¹ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 123.

D.19.2.60.3 definisce il concetto di *opus locatum* facendo riferimento alla '(dis)approvazione' del locatore ¹¹².

D.19.2.60.3 (*Lab. post. 5 a lav. epit.*): *Lege dicta domus facienda locata erat ita, ut probatio aut improbatio locatoris aut heredis eius esset: redemptor ex voluntate locatoris quaedam in opere permutaverat. respondi opus quidem ex lege dicta non videri factum, sed quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemptorem absolvi debere.*

Il giurista ritiene che si fosse locato di costruire una casa con una clausola in cui si dichiarava che l'approvazione o la disapprovazione dell'opera spettasse al locatore o al suo erede; l'appaltatore, per volontà del locatore, aveva fatto certi cambiamenti nell'opera. Diede il responso che questa non si considerava eseguita secondo la clausola dichiarata, ma, poiché il cambiamento era stato fatto per volontà del locatore, l'appaltatore doveva essere assolto.

Labeone in questa risposta afferma un significato più profondo di *opus locatum*, attraverso la *probatio* del locatore. Nel caso in cui il conduttore costruisce un'opera diversa da quella che è stata locata all'inizio, Labeone afferma che il conduttore abbia adempiuto il contratto. In proposito, ad avviso di Amirante,

¹¹² In realtà, quando si parla della '*probatio*', c'è ne un altro passo di Paolo è tanto più considerato. D.19.2.24 (*Paul. 34 ad ed.*): *Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset, idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit. idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, pertinet, nisi id ipsum lege comprehensum sit. quibus consequens est, ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit.* Se in una clausola della locazione si sia stabilito che l'opera venisse approvata alla stregua della valutazione del proprietario, si considera come se si fosse stabilito che la stessa venisse approvata alla stregua della valutazione di un uomo onesto. E lo stesso si osserva, se si sia stabilito che l'opera venisse approvata alla stregua della valutazione di un altro qualunque: infatti, la buona fede esige che si presti una valutazione tale, quale conviene ad un uomo onesto. E tale valutazione attiene alla qualità dell'opera, non a prorogare il termine, che venne stabilito nella clausola, a meno che ciò non sia stato stabilito nella clausola stessa. A queste cose è conseguente che sia invalida la approvazione fatta con dolo del conduttore, così che si può agire contro di lui con l'azione da locazione.

Labeone ha abbandonato Alfeno e sosteneva un'idea contraria ¹¹³. Amirante afferma che Labeone ammetta il concetto dell'*idem genus*, dunque il conduttore può restituire una cosa *eiusdem generis*, e il contratto di *locatio conductio operis* può essere concluso anche quando l'*opus* ancora non esiste materialmente ¹¹⁴.

Il testo ha posto due risultati contrari di un fatto: l'appaltatore adempie il contratto e l'appaltatore non adempie il contratto. Cannata conferma le obbligazioni del locatore e del conduttore prendendo in considerazione l'obbligazione di risultato. Come pone in risalto Cannata, l'obbligazione di *opus facere* non ammette l'adempimento di un *opus* viziato, cioè l'obbligazione di *facere* dell'appaltatore è l'obbligazione di risultato, per cui si deve valutare un oggetto per stabilire se corrisponda o meno al risultato voluto ¹¹⁵. Tuttavia, Cannata non pone nessun concetto dell'*opus factum*.

Invece, con tale testo Fiori parla del termine labeoniano in cui c'è una differenza tra l'*opus perfectum* e l'*opus (corpus) factum*. Secondo Fiori, Labeone usa il primo per intendere il prodotto finale dell'attività del conduttore, ossia l'*opus locatum conductum* ¹¹⁶. Dunque, si può ritenere che '*domus facienda*' nel testo sia un'*opus* ancora non finito, nel senso che senza l'approvazione del locatore, l'opera non sarebbe un'*opus factum*.

La *probatio* o l'approvazione qui, in realtà, non solo è un'obbligazione del locatore, ma si riflette anche rispetto all'obbligazione del conduttore. Più precisamente, si tratta dell'esonero dell'obbligazione del conduttore. Come pone in risalto Glück, il lavoratore è obbligato a prestare nel modo dovuto le opere promesse, ma nel frattempo egli fa chiarire che il lavoratore deve seguire le istruzioni date dal committente. Senza l'approvazione del committente a lui non

¹¹³ Riguarda l'idea di Alfeno, cfr. §3.1.1.

¹¹⁴ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 86.

¹¹⁵ Cfr. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità*, cit., p. 191.

¹¹⁶ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 164.

è permesso di fare neanche una minima modifica ¹¹⁷. Di conseguenza, tornando al testo, la volontà del locatore come una garanzia dell'esonero per il committente, anche se il committente non ha seguito la clausola nel contratto. In breve, il committente può restituire una cosa diversa da quella cosa locata nel contratto della *locatio conductio operis*.

Possiamo concludere che, il conduttore si obbliga a seguire le istruzioni dal locatore, e il locatore ha l'obbligo di ricevere l'*opus*. Tuttavia, si ribadisce che tale obbligazione dell'accettazione del locatore è dissimile da quella del collaudo, che quest'ultimo si avvicina ad un potere del locatore ¹¹⁸.

3.2.5 Le obbligazioni basate sulla non *mutatio dominii* (Gai. 3.147)

Gai. 3.147: *Item quaeritur, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret et acciperet verbi gratia denarios CC, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem. Sed plerisque placuit emptionem et venditionem contrahi. Atqui si meum aurum ei dedero, mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi.*

Si chiede anche se l'orafo è d'accordo con me che mi facesse anelli di un certo peso del suo oro e di una forma definita, e ricevere, ad esempio, 200 denari, sia per acquisto e vendita che per locazione e conduzione essere disegnato. Cassio dice che l'acquisto e la vendita della materia è contratto, ma l'affitto dei lavoratori. Tuttavia la maggior parte dei giuristi ha deciso di contrattare l'acquisto e la

¹¹⁷ Cfr. GLÜCK, *Commentario*, XIXI, cit., p. 192 nt. g.

¹¹⁸ Cfr. §3.2.1.

vendita. Se gli do il mio oro, in cambio del salario stabilito per i lavori, si conviene che si contratta la locazione.

È noto che il non trasferimento del *dominus* distingue il rapporto della locazione dalla compravendita, però Sabino e Cassio sostengono due specie e di non trasferimento del *dominus* della cosa ¹¹⁹. Amirante afferma le due specie concludendo l'esame del rapporto tra Cassio e Sabino che per Sabino la locazione può esserci quando la *res* esiste idealmente al momento della conclusione del contratto, e invece per Cassio tale *res* basta vi fosse materialmente al momento della conclusione del contratto ¹²⁰.

In realtà, il termine *opus*, è una concezione materialistica della *locatio* per tutta l'epoca classica, e *locare opus* riguarda un risultato dell'attività di lavoro ¹²¹. Secondo Fiori, infatti, quando Cassio parla della compravendita della materia, si riferisce a quella di *anuli* pronti invece della materia grezza, nel senso che il prezzo è già fissato sul valore della materia, cioè l'oro ¹²². La differenza tra l'oro grezzo e gli anelli è, ovviamente l'attività prestata che deve essere corrisposta dall'*aurifex*, cui corrisponde il significato della terminologia dell'*opus*.

La controversia tra Sabino e Cassio, tuttavia, non è un ostacolo quando si parla delle obbligazioni del locatore e del conduttore. Possiamo ritenere che, come pone in risalto Careddu, il locatore della *locatio conductio operis* si obbliga principalmente a pagare la mercede, e il conduttore è tenuto a prestare l'attività

¹¹⁹ Al proposito di questo, Glück afferma che se il fondamento o la sostanza con cui deve essere collegata la nuova opera, appartenesse al committente dell'opera medesima, il contratto sarebbe locazione. Cfr. GLÜCK, *Commentario*, XIX, cit., p. 92.

¹²⁰ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 101.

¹²¹ Cfr. MARTINI, *Mercennarius*, cit., p. 20.

¹²² Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 206.

della realizzazione dell'*opus* ¹²³. Dunque, possiamo ancora concludere che tali sono le obbligazioni fondamentali nella *locatio conductio*, benché ci sia questo dibattito tra i giuristi della scuola sabiniana.

Per quanto riguarda il pagamento, innanzitutto, si domanda come sia stabilita la mercede e se ci siano degli interessi della mercede. Per la prima questione, bisogna tornare sulla sostanza del contratto, ovvero il contratto consensuale in cui ci sono tre elementi essenziali: il consenso delle parti contraenti, un oggetto determinato e la mercede ¹²⁴. Vale a dire che la mercede viene stabilita dal consenso dei contraenti al momento della conclusione del contratto. Per la seconda domanda, Careddu applica il giudizio *bonae fidei* sul contratto e raggiunge la conclusione dell'obbligo agli interessi (*Imp. Antonius A. Epidio Epicteto C. 4.45.2*) ¹²⁵.

Inoltre, per l'obbligazione di prestare la sua propria attività del conduttore, si domanda dell'aspetto particolare dell'obbligazione, facendo riferimento al non trasferimento della proprietà. In tale caso, il locatore fornisce la materia su cui lavora il conduttore, e il conduttore per questa ragione ha l'obbligo di custodire la materia del locatore. Ad avviso di Glück, tale obbligo avviene naturalmente dal contratto, ovvero è uno degli effetti del contratto per cui l'obbligo di prestare deve essere adempiuto con lealtà e con ogni diligenza: vale a dire che le parti contraenti rispondono del danno se non si sono comportate 'come una persona

¹²³ Riguardo a tale attività, Careddu enumera le obbligazioni come "direzione e vigilanza che si richiede per portare a compimento, nei modi e termini del contratto, l'*opus* intrapreso, apprestando tutti gli strumenti e tutte le energie di lavoro necessarie e sostenendo tutte le spese che sono inerenti all'attuazione dell'impresa assunta. Cfr. A. CAREDDU, *Locatio conductio operarum et operis*, Cagliari, 1924, p. 79, 100.

¹²⁴ Cfr. GLÜCK, *Commentario*, XIX, cit., p. 34.

¹²⁵ Cfr. CAREDDU, *Locatio conductio operarum*, cit., p. 101. Windscheid nella *locatio conductio operarum*, anche pone due opinioni contrarie in relativo agli interessi della mercede scaduta facendo riferimento alla mercede in compravendita. Cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, trad. it. C. FADDA, P. E. BENZA, Torino, 1904, p. 145 nt. 1a.

diligente ed accurata si sarebbe comportata in quelle determinate circostanze' ¹²⁶. Come mette in risalto De Robertis ¹²⁷, tale obbligo rappresenta nella *locatio conductio operis* una custodia tecnica che è valutata dai criteri obiettivi come l'*imperitia* e il *vitium operis* nel caso in cui non esiste una *mutatio dominii* ¹²⁸.

3.3 Conclusione: le obbligazioni del locatore e del conduttore nella *locatio conductio operis*

Dai formulari catoniani all'indipendenza della *locatio conductio operis*, le obbligazioni dei contraenti sono passate anche dalla subordinazione delle obbligazioni della *locatio* di una *res* ad un modello esclusivo.

Amirante e Fiori in primo luogo, specificano le obbligazioni nel formulario catoniano *olea pendens* che sono le prime forme di obbligazioni della *locatio conductio*. Sebbene ci sia una discordanza della *verborum obligatio* e della *stipulatio* trattata nei formulari catoniani, non si può negare che non c'è un rapporto giuridico completamente perfetto della *locatio conductio operis* in cui l'idea più recente sostiene che è composto di *opus faciendum* ¹²⁹. Malgrado la comune considerazione che il concetto di *opus locatum* inizia da Alfeno nella giurisprudenza classica ¹³⁰, essendo la giurisprudenza prima di quella classica, i formulari catoniani in realtà forniscono un'ispirazione allo slargamento della *res locata*, il cosiddetto *opus locatum* ¹³¹.

¹²⁶ Cfr. GLÜCK, *Commentario*, XIX, cit., p. 129.

¹²⁷ Cfr. DE ROBERTIS, *I rapporti*, cit., p. 168 ss.

¹²⁸ Il non trasferimento non definisce una *locatio* generica, ma soltanto la *locatio conductio operis*. Dunque, sembra possa esserci una *locatio conductio (operarum)* quando esiste una *mutatio dominii*.

¹²⁹ Tale opinione si avvicina più al parere di Amirante, cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 46.

¹³⁰ Cfr. §3.2.2.

¹³¹ Infatti, Fiori si esprime anche "una forma di locazione vicina alla *locatio conductio operis*". Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 43.

Iniziando dalla giurisprudenza classica, le obbligazioni della *locatio conductio operis* si formano man mano. Il rapporto della locazione d'*opera* si svolge tra due contraenti, il locatore e il conduttore, in cui il conduttore promette al locatore, dietro corrispettivo, di dirigere la propria attività al raggiungimento di un certo risultato di lavoro ¹³². Di conseguenza, dalla definizione si può dedurre che il locatore si obbliga a pagare una somma di mercede al conduttore, e il conduttore ha l'obbligo di compiere il lavoro rispetto al raggiungimento di un risultato su una cosa.

Tuttavia, le obbligazioni del locatore e del conduttore non si limitano soltanto al pagamento e al lavoro.

3.3.1 Le obbligazioni del locatore della *locatio conductio operis*

Innanzitutto, il locatore ha l'obbligo di fornire la materia su cui il conduttore compie il lavoro. Sappiamo che i giuristi hanno proposto una polemica nella scuola sabiniana riguardante una locazione in cui fornisce la materia il conduttore. In tale caso, Sabino sostiene che c'è una compravendita, invece Cassio afferma che c'è una locazione delle opere e una compravendita della materia ¹³³. Careddu prendendo l'esempio della costruzione di un edificio, afferma che nel caso in cui il conduttore il quale fornisce i materiali adibiti alla costruzione si conclude una locazione d'*opera* invece di una vendita, secondo il principio '*superficies solo cedit*' ¹³⁴. L'eccezione della costruzione di un edificio, tuttavia, non è sfuggito al principio generale della struttura della *locatio conductio operis*. A prescindere dalla proprietà nel diritto reale, il locatore in tale caso deve

¹³² Cfr. DE ROBERTIS, *I rapporti*, cit., p. 153.

¹³³ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 97.

¹³⁴ Cfr. CAREDDU, *Locatio conductio operarum*, cit., p. 69. Si veda anche GLÜCK, *Commentario*, XIX, cit., p. 93.

fornire l'area su cui il conduttore può compiere il lavoro, e in questo senso il locatore fornisce una 'materia' necessaria del compimento dell'*opus*.

Tale obbligo di fornire la materia, in verità deriva da un'obbligazione generica del locatore che il locatore tiene indenne il conduttore¹³⁵. Dunque, il costo dei materiali accessori forniti dal conduttore può essere calcolato nella mercede, oppure computato a parte¹³⁶.

Alla fine, vi è anche un'altra obbligazione del locatore partendo dal pagamento della mercede, cioè l'accettazione¹³⁷. All'inizio l'accettazione nella locazione dei formulari catoniani, ma come mette in risalto Amirante, non come un'obbligazione: è piuttosto un potere¹³⁸. Tuttavia, considerando il pagamento della mercede, il locatore dovrebbe avere una misura o una regola per decidere la somma della mercede. Infatti, '*pedes singlos*' può essere considerato come un'accettazione, nel senso che il locatore paga ad *opus* ultimato e consegnato, o in ragione dei lavori eseguiti *ad pedes mensurasve*¹³⁹.

¹³⁵ Cfr. GLÜCK, *Commentario*, XIX, cit., p. 174.

¹³⁶ In ordine al costo, si parla anche del costo imprevisto che non è calcolato nella mercede, in tale caso il locatore in teoria ha l'obbligo di assumere il costo solo che il costo imprevisto non è quello che il conduttore può e deve prevedere. Cfr. C. LONGO, *Diritto romano: la locatio-conductio*, Pavia, 1921, p. 235 ss.

¹³⁷ Un concetto simile all'accettazione è l'*adprobatio*, che è un collaudo dell'*opus* consegnato, però l'*adprobatio* costituisce un diritto invece di un'obbligazione del locatore visto che il locatore non dovrebbe essere costretto ad accettare quest'*opus* (per 'esempio, il caso in cui se il locatore durante l'esecuzione non avesse seguito le notifiche del locatore,). Cfr. CAREDDU, *Locatio conductio operarum*, cit., p. 114; LONGO, *Diritto romano*, cit., p. 239. L'*adprobatio* poi è anche un concetto relativo al rischio del contratto, per cui sarà discussa in §4.

¹³⁸ Cfr. §3.2.1.

¹³⁹ Cfr. CAREDDU, *Locatio conductio operarum*, cit., p. 100.

3.3.2 Le obbligazioni del conduttore della *locatio conductio operis*

L'obbligazione principale del conduttore è quella di prestare il lavoro allo scopo del raggiungimento di un'*opus*. Si domanda se il lavoro deve essere proprio compiuto dal conduttore personalmente, facendo riferimento alla prestazione del lavoro. La domanda può ottenere una risposta facilmente considerando l'obbiettivo del contratto di *locatio conductio operis*, cioè il raggiungimento di un *opus*, che l'interesse del locatore sia l'*opus perfectum* per cui il conduttore non è obbligato di prestare lui stesso le opere.

Vi sono i motivi più razionali rispetto a come i contraenti possono decidere la prestazione personale del conduttore nel contratto¹⁴⁰. Anzitutto, il diritto giustiniano pone il principio della sostituibilità di qualsiasi terzo al debitore nell'adempimento delle obbligazioni di fare¹⁴¹. Il contratto è stipulato tra il locatore e il conduttore anche se il lavoro non è stato fatto solo dal conduttore, di conseguenza il conduttore si assume la responsabilità dell'ausiliare. Poi dal punto di vista del locatore, quest'ultimo può sempre richiedere una prestazione personale dal conduttore.

Un'altra obbligazione del conduttore è la restituzione dell'*opus*, sia l'*opus factum* che l'*opus perfectum*¹⁴². Tale obbligazione è l'essenza del contratto. Al proposito di essa si torna alla distinzione tra la *locatio conductio* e la compravendita che nella locazione la proprietà delle cose sempre torna costantemente al locatore, che è anche il proprietario originario delle cose¹⁴³.

¹⁴⁰ Si può esigere la prestazione personale per il motivo relativo a come si vuole un lavoro fatto da un professionista e più affidabile (D.46.3). Cfr. LONGO, *Diritto romano*, cit., p. 238.

¹⁴¹ Cfr. DE ROBERTIS, *I rapporti*, cit., p. 27.

¹⁴² Infatti, si è detto anche che il conduttore deve restituire le cose ricevute dal locatore. Cfr. LONGO, *Diritto romano*, cit., p. 241.

¹⁴³ Cfr. DILIBERTO, *Locazione e compravendita*, cit., p. 12.

In realtà, il conduttore si obbliga anche a compiere il contratto con diligenza ¹⁴⁴. Per tale motivo l'obbligazione del conduttore non intende soltanto una prestazione del lavoro, ma esige un raggiungimento rispetto al completamento dell'*opus* che il committente ovvero il locatore ha richiesto.

4. Il rischio contrattuale nella *locatio conductio operis*

4.1 Il principio del *periculum conductoris* di Labeone in D.19.2.62: la responsabilità del conduttore

L'importante testo D.19.2.62 relativo al principio '*periculum conductoris*' proposto da Labeone è stato discusso dai giuristi per la supposizione dell'avvenimento della frana.

D.19.2.62 (*Lab. 1 Pith. a Paul. epit.*): *Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. PAULUS: immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.*

Il giurista afferma: se una frana distrusse il canale di cui avevi preso in conduzione la costruzione e che avevi costruito, prima che fosse approvato, il rischio e pericolo è tuo. Paolo dice o piuttosto, se avvenne ciò per vizio del suolo, il rischio e pericolo sarà del locatore; se avvenne per difetto dell'opera, il danno sarà tuo.

Innanzitutto, ci concentreremo sulla soluzione di Labeone. Vi sono tre tipi di considerazioni che si riferiscono alla causa della *labes* nella soluzione di Labeone: a) Labeone non distingue le cause della frana che Paolo ha aggiunto nel testo; b) Labeone nel testo non parla di *vis maior*; c) Labeone addossa al conduttore il rischio sotto l'aspetto delle *vis maior*.

¹⁴⁴ Cfr. GLÜCK, *Commentario*, XIX, p. 128. Più dettagli si riferiscono nel §4.2.

Una critica ormai ben riconosciuta all'ultima considerazione ci presenta una valutazione errata della soluzione di Labeone ¹⁴⁵. L'ultima considerazione che poneva come Labeone addossasse il rischio della *vis maior* al conduttore, avrebbe dovuto anche spiegare la contraddizione tra la soluzione di Sabino in D.19.2.59 e la soluzione nel testo ¹⁴⁶; spiegava che la giurisprudenza successiva ha abbandonato la soluzione di Labeone ¹⁴⁷. Tuttavia, la spiegazione di Labeone e la soluzione della contraddizione, hanno negato il fatto che in D.19.2.59 è stato confermato chiaramente una *vis maior*, invece nel testo citato Labeone non descriveva la causa della *labes*. Dunque, suddetta considerazione non sembra convincente senza una premessa corretta.

La prima e la seconda considerazione sono, in qualche modo, parallele, ossia Labeone non limita il principio del '*periculum conductoris*' in una *vis maior*. Secondo Arangio-Ruiz, Labeone qui non ha distinto fra le cause della *labes*, invece in D.19.2.59 ha proposto la distinzione fra *soli vitium* e *operis vitium* ¹⁴⁸. Ad avviso di Cannata, la soluzione di Labeone corrisponde alla soluzione di Fiorentino in

¹⁴⁵ Riguardo all'ultima considerazione si veda E. BETTI, «*Periculum*». *Problemi del rischio contrattuale in diritto romano, classico e giustiniano*, in *Jus*, I, 1954, p. 188; anche M. KASER, *Periculum locatoris*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, LXXIV, 1957, p. 188.

¹⁴⁶ Di tale testo, discuteremo nel § 4.4. D.19.2.37 (*Iav. 8 ex Cass.*): *Si, priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet*. Il giurista Giavoleno dice che se l'opera, prima di essere approvata dal locatore, fosse stata distrutta da qualche violenza, il danno spetta al locatore nel caso in cui l'opera fu tale che doveva essere approvata.

¹⁴⁷ Su questa opinione, secondo il pensiero di Betti, descriveva che la recisa antitesi di un *vitium operis* forse non appartiene al giurista classico. BETTI, *Periculum*, cit., p. 188. Si veda anche CANNATA, *Per lo studio della responsabilità*, cit., p. 220; L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione del contratto per impossibilità della prestazione e di ripartizione del rischio nella 'locatio conductio'*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Napoli, 2001, p. 268.

¹⁴⁸ Il motivo di tale osservazione è semplicemente che l'evento descritto da Labeone nel testo fa pensare che il guasto sia dipeso dalla cattiva esecuzione dell'opera. Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Napoli, 1985, p. 189.

D.19.2.36. Labeone pone un *periculum operis*, invece di un *periculum vis maioris*, e la *labes* del caso proposto non è *vis maior* ¹⁴⁹.

Sappiamo già dal testo di Labeone in D. 19.2.60.3 che la *probatio* è un collaudo del locatore per verificare se l'*opus* sia conforme agli accordi stipulati, o sia nel rispetto della volontà del locatore, dunque la *probatio* per Labeone sarebbe un punto del trasferimento del rischio concernente alla lavorazione del conduttore. Infatti, tale soluzione di Labeone relativamente alla *probatio* concorda perfettamente con la soluzione del *periculum operis* ¹⁵⁰. Alla fine si può sostenere

¹⁴⁹ Cannata afferma che nei casi di D.19.2.36 come nel caso suddetto che non hanno un rapporto con la realizzazione dell'*opus*, il rischio non è correlato con la *vis maior*, e quindi ogni accadimento che abbia avuto luogo per motivo del lavoro, sarà a carico del conduttore. Cfr. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità*, cit., p. 221. Inoltre, sembra anche condivisibile la considerazione di Vacca, secondo cui Labeone con il termine *labes* enuncia chiaramente il caso tipico ad un evento collegato alla costruzione dell'*opus* e non ad una *vis maior*. Il cedimento dell'opera prima della *probatio* non può essere considerata evento che esima il conduttore dalla responsabilità per inadempimento, tenendo conto dell'obbligazione del conduttore sia *praestare l'opus perfectum*. Cfr. VACCA, *Considerazioni*, cit., p. 269. D.19.2.36 (Flo. 7. Inst.): *Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculo est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur. si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset*. L'opera che fu locata per intero è a rischio e pericolo del conduttore finché non venga approvata; quella poi che sia stata presa in conduzione affinché si pagasse a piedi o a misura, è a rischio e pericolo del conduttore solo fino a quando non sia stata misurata; e nell'uno e nell'altro caso sarà a carico del locatore il danno, se da lui sia dipeso che l'opera non fosse approvata o misurata. Se tuttavia, l'opera sia crollata per forza maggiore prima che fosse approvata, ciò è a rischio e pericolo del locatore, a meno che non si sia in concreto concluso diversamente: infatti, non si può essere tenuti verso il locatore più di quanto questi avrebbe potuto conseguire con la sua cura ed opera.

¹⁵⁰ In questo senso, induce anche l'affermazione di Arangio-Ruiz: ...è buon argomento per ritenere che nel suo pensiero esse si confondessero sotto l'unica regola del *periculum conductoris*, ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 190.

che Labeone nel testo pone '*periculum conductoris*' nella *labes* accaduta a causa del conduttore ¹⁵¹.

Comunque bisogna riconsiderare D.19.2.59 e D.19.2.36 per constatare l'osservazione. In D.19.2.59 il locatore assume il rischio per un evento di *vis maior*, per cui occorre chiarire, come esattamente in D.19.2.59, che il locatore assume il rischio prima della *probatio* in un evento di *vis maior*. Inoltre in D.19.2.36, *si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est*, il locatore assume il rischio per la *vis maior*, che sarebbe corrispondente alla soluzione di Labeone nel testo suddetto.

Tale considerazione della soluzione di Labeone trova anche riscontro nel trasporto marittimo. Come vedremo subito nel testo D.14.2.10pr.

4.2 Il principio del *periculum conductoris* nel trasporto marittimo (D.14.2.10pr.)

Per approfondire l'obbligazione nella *locatio conductio operis*, occorre precisare che il rischio contrattuale partecipa anche ad una parte necessaria nella struttura del contratto. Un caso tipico concernente il rischio o pericolo del contratto è la locazione marittima, su cui si trovano numerosi frammenti tratti da opere di Labeone nel Digesto ¹⁵². Infatti, per quanto riguarda il regime dei

¹⁵¹ A riguardo, Cardilli anche afferma che la mancata qualificazione della *labes* in termini di *vis* o di *vitium*, è collegata al modo in cui Labeone ritiene di dover risolvere la fattispecie. E Labeone nel testo rappresentava un criterio-concetto come qualificazione autonomia di un certo modo di imputare l'inadempimento. Cfr. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*, cit., p. 340. In questo senso, si può concludere che se Labeone non parlava della qualificazione della *labes* non era perché non la conoscesse, così come per la *vis maior*.

¹⁵² Riguardo ai contributi di Labeone sul rischio contrattuale, egli ha posto le basi per l'elaborazione di nuovi moduli espressivi (*periculum*) per descrivere questi ambiti fuori dal *praestare*. Cfr. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*, cit., p. 315 ss. Inoltre, per il motivo che i *prudentes* del principato accolgono molte delle prospettive dalla giurisprudenza precedente, e ne fanno nuovi contributi, l'opera di Labeone ha un valore multiplo. Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 128.

trasporti marittimi, si parla sempre della responsabilità del *nauta*¹⁵³, particolarmente della responsabilità nel *naufragium* e nella *vis piratarum* in cui si fa riferimento alla mercede.

D.14.2.10pr. (*Lab. 1 Pith. a Paul. epit*): *Si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. PAULLUS: immo quaeritur, quid actum est, utrum ut pro his qui impositi an pro his qui deportati essent, merces daretur: quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium.*

Il giurista dice: se hai preso in conduzione il trasporto di servi, per quel servo, che è morto sulla nave, non ti è dovuto il nolo (la denominazione del termine *merces*). Paolo al contrario pone la questione di che cosa si sia concluso in concreto: se invece la mercede fosse stata data in proporzione a quelli caricati oppure a quelli portati a destinazione; e, se ciò non potrà risultare, sarà sufficiente per conseguire il nolo come l'armatore provi che il servo sia stato caricato.

Le soluzioni diverse poste da Labeone e Paolo, per quanto riguarda il caso in cui il servo sia morto nella nave presa in conduzione, sono state discusse spesso nel rischio contrattuale.

Naturalmente, le opinioni si svolgono intorno ai motivi della soluzione di Labeone. Labeone afferma che il locatore è esonerato dall'obbligo del pagamento della vettura, senza far riferimento agli svariati contenuti dei contratti pattuiti. Invece Paolo distingue due ipotesi, dove la mercede è calcolata sui servi caricati e sui servi arrivati al posto d'arrivo.

Seguendo un ordine temporale, ci fa presente anzitutto Betti, le soluzioni di Labeone e Paolo seguono il principio *periculum conductoris*. Egli assimila il primo caso posto da Paolo ad una *locatio rei*, in cui il locatore è obbligato a pagare per i servi morti, ed il secondo ad una *locatio conductio operis*, in cui il locatore non si

¹⁵³ Cfr. DE ROBERTIS, *D. 19.3.21 e il regime dei trasporti marittimi*, cit., p. 92 ss.

obbliga a pagare per i servi morti, raggiungendo la conclusione che il rischio del trasporto è a carico del noleggiante nel primo caso, invece il nauta assume il rischio nel secondo caso ¹⁵⁴.

Analogamente, poi, in base a tale principio Thomas afferma che Labeone sta parlando di una *locatio conductio rerum vehendarum*, cioè il conduttore si obbliga solo a trasportare le merci ¹⁵⁵. Ad avviso di Cardilli, Labeone pone il caso che il 'pericolo particolare' sia a carico del *conductor mancipiorum vehendorum* dall'inizio della detenzione fino alla riconsegna al porto d'arrivo ¹⁵⁶.

Tuttavia, non sembra convincente nessuna di queste opinioni senza considerare la causa della morte dei servi ¹⁵⁷. Infatti, come pone in risalto Fiori, la morte dei servi può essere qualificata come *vis maior*, altrimenti creerebbe un paradosso con la situazione causata dal *vitium* ¹⁵⁸. Basandosi sul presupposto della *vis maior*, più recentemente, una spiegazione afferma che Labeone qui ha distinto le situazioni, diversamente dalle opinioni suddette, che il perimento del *servus* sia dovuto a una *vis maior*; il motivo è semplicemente che, secondo gli accordi pattuiti, l'*exercitor* avrebbe dovuto rispondere del rischio ¹⁵⁹. Tale innovazione dell'interpretazione sembra che si avvicini più alle altre soluzioni di Labeone, riguardo il rischio contrattuale nella *locatio conductio operis* ¹⁶⁰.

¹⁵⁴ BETTI, *Periculum*, cit., p. 188. Invece, in D.19.2.33, vi è un principio opposto del '*periculum locatoris*', cfr. L. VACCA, *Considerazioni*, cit., p. 267.

¹⁵⁵ Cfr. J.A.C. THOMAS, *Carriage by sea*, in *Revue Internationale des droit de L'antiquité*, III, 1960, p. 494.

¹⁵⁶ Cfr. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*, cit., p. 348.

¹⁵⁷ La distinzione tra le questioni della responsabilità e le questioni del rischio può essere fuorviante nelle letture di alcune fonti romane. Cfr. VACCA, *Considerazioni*, cit., p. 251.

¹⁵⁸ In D.19.2.15.2, Labeone afferma che il *nauta* debba sopportare il danno per un *vitium* dello schiavo trasportato, cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 137.

¹⁵⁹ Cfr. S. GALEOTTI, *Mare Monstrum Mare Nostrum, note in tema di pericula maris e trasporto marittimo nella riflessione della giurisprudenza romana (I secolo a. C-III secolo d. C.)*, Napoli, 2020, p. 114-117.

¹⁶⁰ Sulle soluzioni di Labeone, si veda §4.1, in D.19.2.62.

Per quanto riguarda il pensiero di Labeone, si può ritenere che nel caso di una *locatio* del trasporto dei servi, è indubbio che il *nauta* si obblighi a portare i servi ad una destinazione, ossia si obbliga a compiere un'*opus perfectum* ¹⁶¹. Però, il problema del rischio si fonda prima di tutto sulla ripartizione dell'obbligazione dei contraenti, tenendo conto del rapporto moderno tra l'obbligazione e il rischio nel contratto. Dunque, il nucleo del problema sarebbe l'obbligazione del conduttore, ovvero entro quale limite il conduttore assume la responsabilità contrattuale.

In tale nucleo problematico si tratta di una obbligazione di custodia del conduttore. Tale custodia, come mette in risalto Cardilli, è una *fides bona* che l'*oportere ex bona fide* del conduttore sia come un dovere di assicurare un certo risultato ¹⁶². Inoltre, vi è anche la questione di un criterio di custodia, nel senso che se la causa della morte dei servi fosse colpa del conduttore, egli dovrebbe assumere la responsabilità senza fare riferimento al rischio ¹⁶³. Dunque, secondo il criterio della 'professionalità' nel diritto classico ¹⁶⁴, cioè la causa non viene dall'attività professionale del conduttore, la custodia del conduttore in tale caso deve essere limitata entro la *vis maior* ¹⁶⁵.

¹⁶¹ Diverso concetto di '*opus factum*', THOMAS, *Carriage*, cit., p. 493.

¹⁶² Cfr. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*, cit., p. 349. Thomas parla in un modo più indiretto, che sebbene nella *locatio conductio rerum vehendarum*, il conduttore si obbliga solo a trasportare, egli assume anche una responsabilità della restituzione, THOMAS, *Carriage*, cit., p. 500-502.

¹⁶³ Tale affermazione si veda anche nell'espressione di Metro: nelle fonti di *custodiam praestare* non si riferisce ad un'obbligazione contrattuale, ma indica quel criterio di responsabilità che già da tempo la dottrina ha identificato. Cfr. A. METRO, *Custodiam praestare*, in *Labeo*, XIII, 1967, p. 63.

¹⁶⁴ Cfr. G. I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, I, Milano, 1938, p. 150.

¹⁶⁵ Sulla causa di *vis maior*, oltre alle letture citata (nt. 155, 156), si veda BETTI, *Periculum*, cit., p. 187. VACCA, *Considerazione*, cit., p. 283 nt. 68.

In ordine al commento di Paolo, in realtà, egli non ha posto nessuna innovazione, il criterio del rischio essendo sempre *periculum conductoris*¹⁶⁶. Tuttavia, l'interpretazione del commento del giurista ci ha offerto delle novità.

Innanzitutto, si fa presente che Paolo ha tenuto un atteggiamento di critica del pensiero di Labeone, distinguendo diverse situazioni¹⁶⁷. Come pone in risalto Cardilli, i presupposti modificati rappresentano il fatto che Paolo privilegia un contenuto del *periculum conductoris* del trasportatore di 'comportamento' e non di 'risultato'¹⁶⁸. Poi l'indagine di Fiori ha negato tale conclusione, affermando che se Paolo avesse trasformato la prestazione del *conductor* in una obbligazione di comportamento invece che di risultato, ne costituirebbe una strutturazione del rapporto di locazione marittima più vicina allo schema della *locatio conductio operarum* che a quello della *locatio conductio operis*, che sarebbe improbabile¹⁶⁹.

In realtà, il contributo di Paolo si impegna più nel sinallagma tra la mercede e l'*opus locatum* che nel rischio, tenendo conto del fatto che Paolo non ha cambiato la regola del *periculum conductoris* di Labeone¹⁷⁰. Non si può dedurre soltanto dal commento di Paolo che egli avesse modificato la specie del contratto, per cui si può comprendere che Paolo qui non accenna ad un cambiamento della specie di contratto, e non avrebbe cambiato la natura dell'obbligazione di risultato.

4.3 Il principio del *periculum locatoris* dei giuristi sabiniani (D.19.2.59)

Sappiamo già che il rischio della *vis maior* è a carico del locatore. Il testo relativo è quello del giurista Sabino.

¹⁶⁶ Fiori afferma che la nota di Paolo appare davvero pedante. Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 134.

¹⁶⁷ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 135.

¹⁶⁸ Cfr. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*, cit., p. 349.

¹⁶⁹ Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., p. 137.

¹⁷⁰ Sul sinallagma, si veda DU PLESSIS, *Letting and Hiring*, cit., p. 88 ss.

D.19.2.59 (*Iav. 5 Lab. post.*): *Marcus domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit, flacci esse periculum.*

Il giurista dice che Marcio aveva preso in conduzione da Flacco la costruzione di una casa, poi, terminata una parte dell'opera, l'edificio era stato scosso da un terremoto. Massurio Sabino diede il responso che, se ciò sia avvenuto per una forza della natura, come il terremoto, il rischio ed il pericolo era di Flacco.

Si nota subito che Sabino qui ha fatto una ripetizione del terremoto *veluti terrae motu hoc acciderit*, che è il centro del discorso della spiegazione di tanti interpreti. Secondo Arangio-Ruiz, Giavoleno doveva ricordare quella soluzione dell'autore che veniva commentando, cioè la decisione di Labeone *periculum conductoris*, per cui il testo sia riassunto dai giuristi nell'età postclassica e giustiniana¹⁷¹. In breve, la soluzione di Sabino o di Giavoleno è in opposizione di quella di Labeone. Invece, ad avviso Cannata, la soluzione di Sabino non sarebbe contrapposta all'opinione di Labeone¹⁷². Tuttavia Cardilli propone una osservazione più neutrale: da un lato, il fatto che la soluzione di Sabino non concordasse con la soluzione di Labeone in D.19.2.62 non può significare che il testo suddetto sarebbe riassunto, perché i due passi non attengano a problemi giuridici analoghi; da un altro lato, una differenza esisterebbe pure tra Sabino e Labeone, dove Sabino vuole accentuare che il conduttore non può accollarsi il rischio della *vis maior*, invece Labeone non intende fissare una regola generale del rischio nel crollo¹⁷³.

Dunque, vi sono due quesiti concernenti tale testo: a) la ripetizione risulta una contraddizione tra due giuristi, Labeone e Sabino? b) quale è il motivo della soluzione di Sabino?

¹⁷¹ ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 190 ss.

¹⁷² CANNATA, *Per lo studio della responsabilità*, cit., p. 225.

¹⁷³ Cfr. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*, cit., p. 418 ss.

Per il primo quesito, sappiamo già che Labeone non intendeva la frana causata da *vis maior* quando ha posto la soluzione del '*periculum conductoris*', per cui tale ripetizione non può rappresentare una contraddizione tra i due giuristi. Sembra condivisibile la opinione di Cannata, secondo cui tale ripetizione sarebbe come una accentuazione di Sabino del fatto che il terremoto è un crollo avvenuto della *vis maior* non come la frana del terreno ¹⁷⁴.

In ordine al secondo quesito, Sabino ha seguito un criterio in continuità con la giurisprudenza precedente. Nel senso che Labeone non parlava della *vis maior*, e il conduttore assume il rischio della *labes* solo se è accaduta per motivo del conduttore, per cui Sabino accenna una *vis maior* nel rischio del locatore.

In realtà, Sabino in tale caso indica un rischio che è dipendente dalla colpa. Sappiamo già che *periculum conductoris* è un *periculum operis*, e Sabino qui con la regola *periculum locatoris* potrebbe intendere anche un *periculum operis* ¹⁷⁵. Tuttavia, il terremoto è avvenuto, come pone in risalto Sabino, da una forza della natura. Dunque, Sabino addossa le conseguenze della forza di natura al locatore, considerando che la costruzione fosse del locatore, e l'edificio sarebbe ugualmente caduto anche se fosse stato lui stesso a costruirlo ¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Cfr. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità*, cit., p. 226. Questa spiegazione trova anche il sostegno da Vacca, per cui il metodo casistico della giurisprudenza classica non è diversa dalla tecnica di semplificazione che i giuristi utilizzano per la formulazione di un responso relativo a un caso concreto o a 'casi tipo' da quella che si manifesta nella formulazione di una massima generale o di una 'regola'. Cfr. L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano: corso di lezioni*, Torino, 2012, p. 136. La discussione proprio sul testo si veda anche ID., *Considerazioni*, cit., p. 269. In questo senso, la opinione di Cardilli non sarebbe più neutrale, piuttosto si avvicina alla opinione di Cannata, perché la differenza tra due giuristi non è una la soluzione diversa di un caso, è solo che due giuristi stano ponendo diverse soluzioni, ma anche con i diversi punti focali.

¹⁷⁵ Per esempio, il danno colpisce il locatore quando la materia data dal locatore era già difettosa, oppure il crollo è causato dal difetto del terreno. Cfr. GLÜCK, *Commentario*, XIX, cit., p. 223.

¹⁷⁶ Cfr. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*, cit., p. 421 nt. 16.

4.4 La responsabilità contrattuale del locatore e del conduttore

I frammenti suddetti ci presentano una parte delle fonti concernenti la responsabilità contrattuale, in cui il rischio svolge un ruolo come criterio di imputazione della responsabilità dell'inadempimento.

Dunque, occorre riverificare il rapporto tra il rischio e la responsabilità contrattuale per definire le conseguenze del rischio ¹⁷⁷. Innanzitutto, come un'interpretazione moderna del '*periculum conductoris*' afferma in D.19.2.62, si può ritenere che *periculum* qui intenda più una responsabilità che il rischio ¹⁷⁸. Dunque, secondo Labeone, il conduttore assume la responsabilità contrattuale causata dal vizio della costruzione, ovvero una responsabilità della colpa. Inoltre, Paolo distingue il vizio della costruzione e dal vizio della terra dove è stata costruita, per cui il locatore non il conduttore assume la responsabilità nell'ultimo caso. Analogamente, in D.14.2.10pr. si tratta di una responsabilità di diligenza, il quale è conforme alla colpa ¹⁷⁹, per cui il conduttore assume la responsabilità del mancato adempimento. D.19.2.59 alla fine, parla proprio della

¹⁷⁷ Nel diritto romano, il problema del rischio ed il suo rapporto con il problema della responsabilità contrattuale. M. SARGENTI, *Rischio (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, p. 1126. Però qui bisogna trascurare tale separazione per un'indagine del contenuto della responsabilità, anche per una interpretazione moderna del rischio contrattuale.

¹⁷⁸ Cfr. F. M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione: alle scaturigini della responsabilità contrattuale*, Bari, 1983, p. 887 ss. Per il rapporto tra *periculum* e rischio e responsabilità, si veda J. MIQUEL, *Periculum locatoris. Ricerche in tema di responsabilità contrattuale*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, LXXXI, 1964, p. 137.

¹⁷⁹ La colpa riferisce una violazione della diligenza, in particolare si veda L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1054 ss. In particolare, nel sistema giuridico romanistico in materia di responsabilità contrattuale, concetti come colpa, diligenza, forza maggiore e caso fortuito hanno fatto veri e propri elementi-cardine del sistema. R. CARDILLI, *Un diritto comune in materia di responsabilità contrattuale nel sistema giuridico romanistico*, in *Rivista di diritto civile*, XLIV, 1998, p. 316.

imputazione della responsabilità ove l'inadempimento fosse stato incolpevole ¹⁸⁰, e il locatore qui assume le conseguenze dell'inadempimento.

Per quanto riguarda il contenuto della responsabilità nella *locatio conductio*, in ogni caso, dovrebbe attenersi al meccanismo della corresponsabilità. Tale meccanismo, si può interpretare anche come il venire meno della prestazione di una delle parti, l'altra rimanendo automaticamente liberata dalla propria ¹⁸¹. Dunque, quando il conduttore assume la responsabilità a causata dalla colpa o della mancanza di diligenza, il locatore si è liberato dall'obbligazione contrattuale, ovvero il conduttore non può chiedere il pagamento della *merces*, o deve restituire la *merces* ricevuta. Invece quando il locatore assume la responsabilità, egli deve pagare la *merces* al conduttore anche se l'obbligazione di quest'ultimo non è adempiuta.

4.5 La *probatio* come il criterio del trasferimento del rischio nella *locatio conductio operis* in D.19.2.37

La discussione del principio *periculum conductoris* di Labeone, o più precisamente *periculum operis* ci fa capire che la *probatio* sia un elemento importante del rischio contrattuale nella *locatio conductio operis*. Al riguardo, bisogna vedere un altro passo che mette in risalto la *probatio* nel rischio della *locatio conductio operis*.

D.19.2.37 (*Iav. 8 ex Cass.*): *Si, priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.*

¹⁸⁰ Cfr. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 929.

¹⁸¹ Cfr. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 929.

Il giurista Giavoleno dice che se l'opera, prima di essere approvata dal locatore, fosse stata distrutta da qualche violenza, il danno spetta al locatore nel caso in cui l'opera fu tale che doveva essere approvata.

Prima di iniziare l'esame della *probatio*, occorre verificare un problema logico nel testo. Secondo Labeone, la *probatio* è un punto del trasferimento del rischio concernente la lavorazione del conduttore¹⁸²: il motivo consiste semplicemente nel fatto per cui la *probatio* da parte del committente significa che il lavoro consegnatogli è conforme agli accordi intervenuti, ed è anche ben fatto¹⁸³. Dunque, quando il locatore è in mora a fare la *probatio*, il locatore deve presumere che la cosa sia stata offerta conforme agli accordi intervenuti, oppure il locatore deve provare che l'opera sia difettosa o non conforme alle istruzioni da lui date¹⁸⁴.

Tuttavia, tale prova è logicamente impossibile da constatare. Infatti, Cannata afferma che, citando il pensiero di Kaser, la soluzione di Giavoleno appare infatti più logica che non praticamente applicabile¹⁸⁵. Tale considerazione è stata confermata anche dall'inapplicabilità della soluzione in quanto non sarebbe possibile dimostrare che l'edificio è idoneo alla *probatio* una volta che è stato distrutto completamente¹⁸⁶.

Dunque, per comprendere la *probatio* nel rischio contrattuale nel caso relativo, bisogna collegare tale testo con un altro testo D.19.2.36. In D.19.2.36, infatti rileva il dato per cui il rischio della *vis maior* è a carico del locatore senza considerare la

¹⁸² Si veda D.19.2.60.3.

¹⁸³ Cfr. GLÜCK, *Commentario*, XIX, cit., p. 219 nt. 6

¹⁸⁴ Cfr. GLÜCK, *Commentario*, XIX, cit., p. 227 nt. s.

¹⁸⁵ CANNATA, *Per lo studio della responsabilità*, cit., p. 228; KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 191 nt. 143. Ad avviso di Cannata, la logica del Giavoleno è che per evitare che il conduttore si possa giovare di questo evento esteriore (la regola del *periculum locatoris* di una forza violenta ed estranea) per coprire il suo cattivo lavoro. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità*, cit., p. 227.

¹⁸⁶ Cfr. VACCA, *Considerazioni*, cit., p. 270.

*vis maior*¹⁸⁷. E il termine *vi maior* corrispondente al termine in D.19.2.37 *vis aliqua* significa una forza che proviene dall'esterno¹⁸⁸, dunque il rischio della *vis aliqua* non avrebbe rapporto con la *probatio*¹⁸⁹. Oltre a ciò, rimane impossibile di provare che la costruzione sia pronta alla *probatio*. Di conseguenza, D.19.2.37 ci presenta soltanto un *periculum locatoris* nel crollo per *vis maior*, che non ha nessun rapporto con la *probatio*.

Sulla base di ciò, il testo tratta di un caso in cui il locatore è in mora nella *probatio* la quale in generale influisce sulla ripartizione del rischio. Escludendo dalla forza maggiore, la *probatio* è un elemento per il trasferimento del rischio dal conduttore al locatore nel *vitium operis*. Infatti, ad avviso di Arangio-Ruiz, la *probatio* controbilancia il vantaggio del conduttore, perché la *probatio* è posta ad arbitrio del locatore¹⁹⁰. Tuttavia, quando il locatore è in mora, il rischio del *vitium operis* non può essere solitamente accollato al locatore né al conduttore. Bisogna provare che il crollo sia avvenuto per i lavori difettosi del conduttore, oppure per la materia difettosa dal locatore, oppure per una forza maggiore. In questo senso, la soluzione di Giavoleno pone un'idea teorica del rischio contrattuale nella *locatio conductio operis*¹⁹¹.

¹⁸⁷ Si trova una constatazione da Arangio-Ruiz, che la questione in D.19.2.62 circa il rischio della frana dell'acquedotto si svolge nel presupposto che la frana sia *avvenura antequa, eum(rivum) conductor probaret*. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 199.

¹⁸⁸ CANNATA, *Per lo studio della responsabilità*, cit., p. 229.

¹⁸⁹ Per questa osservazione, si può vedere Cardilli: egli pone la motivazione di Sabino nella soluzione di D.19.2.59, citando il pensiero di Glück, che l'edificio sarebbe ugualmente caduto anche se fosse stato lui stesso a costruirlo. Cfr. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*, cit., p. 421.

¹⁹⁰ La funzione del trasferimento del rischio vuol dire che, il *vitium operis* non dà luogo a responsabilità dell'imprenditore, che è un enorme vantaggio del conduttore. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 199.

¹⁹¹ Per il contributo di D.19.2.37, si può vedere anche l'interpretazione di Glück: se il committente potesse provare che il lavoro non fu fatto in conformità agli accordi intervenuti, e che perciò egli non sarebbe stato

5. *Locatio conductio operarum*: le obbligazioni e la ripartizione del rischio contrattuale nel diritto classico

La *locatio conductio operarum* è un tipo della *locatio conductio* meno analizzata dai giuristi rispetto alla *locatio conductio operis* ¹⁹². Per essa si tratta di due aspetti importanti, l'oggetto del contratto e l'obbligazione contrattuale.

Vi è una divergenza dell'oggetto della *locatio conductio operarum* e bisogna chiarire il dibattito per avere un concetto unitario della *locatio conductio operarum*. Tuttavia, tale divergenza degli aspetti non ha negato l'unità della struttura contrattuale tra la *locatio conductio operarum* e la *locatio rei*, in cui vi è corrispettività tra la mercede e l'utilizzo di una cosa fisica o di una persona. Dunque l'obbligazione dei contraenti non viene decisa dalla divaricazione dell'oggetto della *locatio conductio operarum*, e l'indagine si svolge seguendo il sinallagma *merces-uti frui*.

5.1 Il dibattito sull'oggetto della *locatio conductio operarum*

Per quanto riguarda l'oggetto, c'è una divergenza tra i giuristi: a) i sostenitori dell'oggetto come le opere; b) i sostenitori dell'oggetto come la persona. Secondo quanto mettono in risalto alcuni giuristi, la struttura contrattuale della *locatio conductio* ci presenta l'unità dell'oggetto della *locatio conductio operarum* con la *locatio rei*, per cui le opere sono considerate come se fossero cose, e sono l'oggetto

tenuto ad accettare l'opera, l'artefice non avrebbe alcuna azione da far valere contro il committente. Cfr. GLÜCK, *Commentario*, XIX, cit., p. 226.

¹⁹² S. SOLAZZI, *Il lavoro libero nel mondo romano*, in *Annuario della Regia Università di Macerata*, anno scolastico 1905-1906, 1906, p. 151.

della *locatio conductio operarum*¹⁹³. Invece, ad avviso di altri giuristi, l'oggetto del *locare* è la persona stessa del lavoratore e non la sua opera¹⁹⁴.

Il dibattito parte dalle fonti letterarie¹⁹⁵. Labeone parlava di una locazione della persona stessa, e Paolo ammetteva anche tale oggetto della locazione¹⁹⁶. Però,

¹⁹³ J. DESCHAMPS, *Sur l'expression «locare operas» et le travail comme objet de contrat à Rome*, Parigi, 1907, p. 157 ss.; BRASIELLO, *L'unitarietà*, cit., p. 544; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 346 ss.

¹⁹⁴ Cfr. DE ROBERTIS, *I rapporti*, cit., p. 130; AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 58; BURDESE, *Manuale*, cit., p. 467.

¹⁹⁵ Il dibattito non tratta soltanto dell'oggetto del contratto, ma riferisce anche un trasferimento dalla locazione dello schiavo alla locazione del liberto. Come sottolinea Brasiello, con le manomissioni frequenti e l'aumento dei liberti si incomincia a considerare una locazione dell'uomo come una locazione di opere, dunque la *locatio* è passata da "locare servum" a "locare operas servi". Cfr. BRASIELLO, *L'unitarietà*, cit., p. 543-545. Inoltre, in ordine ai dettagli delle opinioni dei giuristi, si veda MARTINI, *Mercennarius*, cit., p. 15 ss. Invece, per alcuni interpreti, non vi è una prova nelle fonti che attesta un ponte di passaggio tra la locazione delle *operae* del servo e quella delle *operae* dell'ingenuo. Secondo Amirante, l'evoluzione storica non trova appoggio nelle fonti, cui non offrono fondamento all'idea che la locazione dello schiavo sia più antica della locazione di opere dell'uomo libero. Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 58. Secondo De Robertis, la locabilità delle *operae liberti* nel tardo diritto classico e giustiniano al patrono non può significare il momento di passaggio tra la locazione delle *operae* del servo e quella delle *operae* dell'ingenuo. Cfr. DE ROBERTIS, *I rapporti*, cit., p. 128.

¹⁹⁶ D.19.2.60.7 (*Lab. 5 Iav. epit.*): *Servum meum mulionem conduxisti: neglegentia eius mulus tuus perit. si ipse se locasset, ex peculio dumtaxat et in rem versum damnum tibi praestaturum dico: sin autem ipse eum locassem, non ultra me tibi praestaturum, quam dolum malum et culpam meam abesse: quod si sine definitione personae mulionem a me conduxisti et ego eum tibi dedissem, cuius neglegentia iumentum perierit, illam quoque culpam me tibi praestaturum aio, quod eum elegissem, qui eiusmodi damno te adficeret.* Hai preso in conduzione un mio servo mulattiere e, per negligenza di questi, il tuo mulo morì. Dico che, se egli avesse dato in locazione sé stesso, risponderai per i danni verso di te soltanto nei limiti del peculio e di quanto riversato nel patrimonio di chi ha la potestà; se, invece, te lo avessi locato io stesso, non risponderai nei tuoi confronti per null'altro che il fatto che non ci siano stati da parte mia né dolo né colpa. Se invece, senza determinare tu la persona, prendesti in conduzione da me un servo mulattiere e io ti avessi dato quello, per la negligenza del quale il giumento sia morto, dico che risponderò verso di te anche per questa colpa, ciò di avere scelto colui che ti ha cagionato tale danno. D.11.3.14.7 (*Paul. 19 ad ed.*): *Item non solum si mihi damnum dederit consilio tuo, sed etiam si extraneo, eo quoque nomine mihi teneris, quod ego lege Aquilia obnoxius sim: aut si ex conducto teneor alicui, quod ei servum locavi et propter te deterior factus sit, teneberis et hoc nomine, et si qua talia sint.* Del pari sei tenuto non solo se il mio servo mi abbia cagionato un danno per tuo consiglio, ma anche qualora lo abbia cagionato

allo tesso tempo, Paolo parlava anche di una locazione della opera, la stessa affermazione che poi viene anche da Ulpiano¹⁹⁷. Dunque, sappiamo dalle fonti

ad un estraneo, nella misura di ciò a cui sono vincolato in base alla legge Aquilia. Oppure, se sono tenuto nei confronti di qualcuno in base all'azione da locazione conduzione, perché gli ho dato in locazione il servo e questi si sia deteriorato a causa tua, sarai tenuto a tale titolo, e lo stesso vale negli altri casi che siano tali.

¹⁹⁷ D.10.1.4.1 (Paul. 23 ad ed.): *In iudicio finium regundorum etiam eius ratio fit quod interest. quid enim si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit, quem vicini esse appareat? non inique damnatio eo nomine fiet. sed et si mentor ab altero solo conductus sit, condemnatio erit facienda eius, qui non conduxit, in partem mercedis.* Nell'azione di regolamento di confini si deve fare anche il calcolo della misura dell'interesse <della parte a disporre di quanto è suo. Che accade infatti se uno abbia percepito un qualche vantaggio da quella parte di fondo che poi risulti appartenere al vicino? Non iniquamente sarà condannato a tale titolo. Anche se poi l'opera dell'agrimensore sia stata presa in conduzione da uno solo, si dovrà procedere per una parte della mercede alla condanna di chi non la prese in conduzione. D.3.1.1.6 (Ulp. 6 ad ed.): *Removet autem a postulando pro aliis et eum, qui corpore suo muliebria passus est. si quis tamen vi praedonum vel hostium stupratus est, non debet notari, ut et Pomponius ait. et qui capitali crimine damnatus est, non debet pro alio postulare. item senatus consulto etiam apud iudices pedaneos postulare prohibetur calumniae publici iudicii damnatus. et qui operas suas, ut cum bestiis depugnaret, locaverit. bestias autem accipere debemus ex feritate magis, quam ex animalis genere: nam quid si leo sit, sed mansuetus, vel alia dentata mansueta? Ergo qui locavit solus notatur, sive depugnaverit sive non: quod si depugnaverit, cum non locasset operas suas, non tenebitur: non enim qui cum bestiis depugnavit, tenebitur, sed qui operas suas in hoc locavit. denique eos, qui virtutis ostendendae causa hoc faciunt sine mercede, non teneri aiunt veteres, nisi in harena passi sunt se honorari: eos enim puto notam non evadere. sed si quis operas suas locaverit, ut feras venetur, vel ut depugnaret feram quae regioni nocet, extra harenam: non est notatus. his igitur personis, quae non virtutis causa cum bestiis pugnaverunt, pro se praetor permittit allegare, pro alio prohibet. sed est aequissimum, si tutelam vel curam huiusmodi personae administrent, postulare eis pro his, quorum curam gerunt, concedi. qui adversus ea fecisse monstretur, et pro aliis interdicta postulatione repellitur et pro aestimatione iudicis extra ordinem pecuniaria poena multabitur.* Viene poi escluso dal postulare un giudizio nell'interesse di altri anche chi ha tollerato di fungere da donna con il suo corpo. Tuttavia, come afferma anche Pomponio, se qualcuno è stato violentato da predoni o nemici, non deve essere colpito con nota per condotta turpe. Anche chi è stato condannato per un crimine capitale non deve postulare un giudizio nell'interesse di un altro. Parimenti, in virtù di un senatoconsulto, si proibisce a chi è stato condannato in un giudizio pubblico per calunnia di postulare un giudizio anche dinanzi a giudici di grado inferiore. E pure a chi ha locato la propria attività lavorativa per combattere contro le bestie feroci. Dobbiamo poi considerare quali siano bestie feroci sulla base più della ferocia che del genere di animale. Che importa infatti se si tratti di un leone, ma mansueto, o di un'altra bestia che addenta, ma mansueta? Dunque, viene colpito con nota <per condotta turpe> chi ha

che l'oggetto della locazione non sembra coerente e quindi bisogna avere una interpretazione delle fonti, visto che il concetto e le norme della *locatio conductio operarum* dovrebbero applicarsi nello stesso modo all'uomo libero e allo schiavo¹⁹⁸.

Dal dibattito tra unitarietà e tripartizione del contratto, sappiamo già che per i Romani le tre specie di *locatio* non hanno nessuna differenza fondamentale. Sappiamo anche che questo dibattito si basa su una unità della struttura di *locatio conductio* in cui vi è corrispettività tra la mercede e l'utilizzo (*fructus*) di una cosa fisica o di una persona. Da questo punto di vista, con il concetto di *fructus* si può ritenere come l'oggetto sia quello che produce *fructus*, o in altre parole, sia la persona stessa¹⁹⁹. Tale conclusione si applica anche nella *locatio conductio operarum* dello schiavo in cui lo schiavo è quello che si può usare, proprio come *fructus*.

In questo caso, sembra condivisibile la osservazione di Martini secondo cui l'espressione *locare servum* è quella tecnicamente corrispondente all'espressione

soltanto dato in locazione la propria attività lavorativa sia che abbia combattuto sia che non lo abbia fatto; perché poi, se abbia combattuto, ma senza locare la propria attività lavorativa, non sarà tenuto: infatti, non sarà tenuto chi ha combattuto contro le bestie feroci, ma chi a questo scopo ha locato la propria attività lavorativa. In breve, gli antichi giuristi dicono che coloro che fanno ciò per mostrare il loro valore senza alcuna mercede, non sono tenuti, a meno che non abbiano consentito di essere premiati nell'arena: reputo, infatti, che costoro non sfuggano alla nota <per condotta turpe>. Ma, se qualcuno abbia locato la propria attività lavorativa per dare la caccia alle bestie feroci o per combattere una bestia feroce che arreca danno ad una regione, fuori dall'arena, non viene colpito dalla nota. Pertanto, a queste persone che hanno combattuto contro le bestie feroci non per mostrare il loro valore, il pretore permette di postulare un giudizio nel loro interesse e lo proibisce nell'interesse di un altro. Ma è molto equo che, se persone di tal genere esercitino la tutela o la curatela, sia loro concesso di postulare un giudizio nell'interesse di coloro dei quali geriscono la curatela. Colui, a carico del quale venga dimostrato che abbia contravvenuto a ciò, da un canto, essendogli vietata la postulazione di un giudizio nell'interesse di altri, viene respinto, dall'altro, su apprezzamento del giudice, sarà, con procedura non formulare, multato con una pena pecuniaria.

¹⁹⁸ Cfr. SOLAZZI, *Il lavoro libero*, cit., p. 145.

¹⁹⁹ Tale conclusione corrisponde con quella di Amirante, cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 61.

locare operas servi ²⁰⁰. Si può concludere che l'oggetto della *locatio conductio operarum* è la persona, sia lo schiavo sia il liberto, e l'utilizzo della persona è al pari dell'utilizzo delle opere.

5.2 L'obbligazione nella *locatio conductio operarum* (D.19.2.38pr.)

Il contratto della *locatio conductio operarum* condivide la stessa struttura contrattuale con la *locatio conductio operis*, in cui i contraenti si scambiano una somma di mercede contro l'utilizzo delle opere o dell'uomo. In tale caso, il locatore si obbliga a prestare le sue energie di lavoro, e il conduttore ha l'obbligo di pagare la mercede per il locatore.

Per quanto riguarda l'obbligazione del locatore, occorre prima definire le opere prestate dal locatore. Innanzitutto, si può riassumere che le opere nella *locatio conductio*, considerando il sinallagma nella *locatio conductio operarum* ovvero *uti frui-merces*, debbano essere utili per il conduttore cioè abbiano un valore che può formare una somma di mercede ²⁰¹. Tuttavia, le opere fornite al conduttore, sono limitate ad alcuni settori, per esempio, il lavoro degli schiavi e quello principalmente domestico e le opere dei liberti sono quelle che sono state

²⁰⁰ MARTINI, *Mercennarius*, cit., p. 24. Si veda anche MOLNAR, *Object*, cit., p. 138. In realtà, si può dedurre tale osservazione anche dal modo di descrivere dai giuristi che hanno diverse opinioni. Per esempio, sebbene Amirante diceva che Brasiello sia il sostenitore della teoria in cui lo schiavo è come *res* nella locazione, tuttavia Brasiello affermava lo scambio di cose contro prezzo e di opere contro prezzo che non indica la similarità tra *res* e schiavo, anzi egli confermava le opere siano considerate alla pari delle cose in cui le opere siano venute dalla persona. Gli stessi esempi si veda anche da Biondi: la *locatio conductio operarum* poteva avere come oggetto uno schiavo ed in tal caso importava facoltà di giovare delle *operae* di lui. BIONDI, *Istituzioni*, cit., p. 482.

²⁰¹ Cfr. GLÜCK, *Commentario*, XIX, cit., p. 87. Di conseguenza, egli afferma tali opere degli artisti, degli operai e dei giornalieri. Invece per *artes liberales* e *studia liberalia*, cioè quelle professionali, non formano l'oggetto di un contratto di locazione. In ordine al lavoro che non può essere locato, si veda anche P. BONFANTE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1987, p. 397; BETTI, *Istituzioni*, cit., p. 246.

chiamate dai Romani come *artes illiberales* ²⁰². In ordine alla distinzione tra *operae liberales* e *operae illiberales*, essa conduce ad un rapporto contrattuale concernente la *merces*, inoltre che per *operae liberales* sono considerate le specie più elevate dell'attività, e nella società romana, sono considerate come un favore che non può essere pagato ²⁰³.

La distinzione tra la *locatio conductio operarum* e la *locatio conductio operis*, corrisponde alla distinzione nel diritto moderno tra il lavoro di subordinazione e il lavoro autonomo ²⁰⁴. Tale conclusione è giunta da un rapporto subordinato tra il locatore e il conduttore nella *locatio conductio operarum* in cui quest'ultimo ha a disposizione il locatore della *operae*, come afferma Paolo in D.19.2.38pr., e il locatore riceve il corrispettivo anche se l'attività non sia prestata non a causa della sua volontà ²⁰⁵.

D.19.2.38pr. (*Paul. lib. sing. reg.*): *Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet.*

Il giurista afferma: colui che locò le proprie attività lavorative deve ricevere la mercede per tutto il tempo della locazione, se da lui non dipese di non poter prestare le sue attività lavorative.

Prima di tutto, sappiamo dal testo che la *locatio conductio operarum* non è un contratto in cui l'obbligazione sia di risultato (*opus*), ma la mercede corrisponde

²⁰² BETTI, *Istituzioni*, cit., p. 246.

²⁰³ Cfr. GLÜCK, *Commentario*, XIX, cit., p. 88. Per quello che appare dal testo di Ulpiano D.50.13.1, esso corrisponde ad una distinzione fra lavoro materiale e lavoro spirituale. Cfr. SOLAZZI, *Il lavoro libero*, cit., p. 151. Per il lavoro intellettuale oppure *operae liberales*, si veda F. M. DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari, 1963, p. 63-76. Cfr. SOLAZZI, *Il lavoro libero*, cit., p. 145-151.

²⁰⁴ G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Torino, 2004, p. 23 ss.

²⁰⁵ Come mette in risalto Martini, il locatore loca sé stesso come lavoratore di un lavoro subordinato, ed il contratto conferisce il diritto al locatore al corrispettivo quando il locatore presta l'attività. Cfr. MARTINI, *Mercennarius*, cit., p. 45 ss.

al tempo della locazione e non ad un risultato pattuito ²⁰⁶. Dal testo, in una *locatio conductio operarum* generica, il locatore si obbliga a prestare la propria attività lavorativa, e il conduttore ha l'obbligo di pagare a colui che fornisce mano d'opera una somma di mercede sulla base del tempo in cui ha lavorato il locatore. Dunque, si può ottenere che nella *locatio conductio operarum* l'obbligazione sia un'obbligazione di contegno ²⁰⁷, e l'adempimento del contratto non dipende dal risultato del lavoro, bensì solo dal giorno lavorativo.

Per quando riguarda l'attività fornita dal locatore, vi sono delle limitazioni nel diritto classico. Innanzitutto, l'intensità del lavoro: da un lato, il locatore si obbliga a fornire l'attività sotto la volontà del conduttore; da un altro lato, vi è anche un limite, come in D.38.1.38pr. in cui è vietato di imporre lavori troppo gravosi e disonesti sul locatore ²⁰⁸. Inoltre, il divieto di sublocare è un'altra limitazione sull'attività lavorativa del locatore, per cui il locatore deve prestare personalmente la sua propria energia di lavoro ²⁰⁹.

²⁰⁶ L'obbligazione del locatore è considerata come 'dare' invece di 'fare' nel diritto classico. L'obbligazione di lavoro era nelle categorie delle obbligazioni *in faciendo* nel diritto giustiniano, invece nel diritto classico, tale obbligazione era considerata ancora come le obbligazioni *in dando*. G. GROSSO, *Oggetto dell'obbligazione*, Torino, 1940, p. 246. Si veda anche DE ROBERTIS, *I rapporti*, cit., p. 125.

²⁰⁷ Cfr. BETTI, *Istituzioni*, cit., p. 229. Nel diritto moderno, si chiama l'obbligazione di risultato e l'obbligazione di mezzi. L'obbligazione nella *locatio conductio operarum* tratta anche dell'obbligazione di fare o dare, si vedrà nel §5.3 dedicato al rischio contrattuale.

²⁰⁸ Cfr. DE ROBERTIS, *I rapporti*, cit., p. 145.

²⁰⁹ D.46.3.31 (Ulp. 7 disp.): *Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis. ideo si navem a se fabricandam quis promiserit vel insulam aedificandam fossamve faciendam et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fideiussor ipse aedificans vel fossam fodiens non consentiente stipulatore non liberabit reum. quare etiam si illis stipulationibus fideiussor accesserit: "per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?", prohibens ire fideiussor stipulationem non committit et, si patientiam praestet, non efficiet, quo minus committatur stipulatio.* Esiste una differenza tra artigiani rispetto alla loro dote, carattere, conoscenza e educazione. Dunque, se qualcuno promette di costituire una nave o una casa o di scavare un fossato, e si concorda espressamente che lo farà con il proprio lavoro, e il fideiussore stesso costruisce l'edificio o effettua lo scavo,

Per quanto riguarda il pagamento della mercede, cioè l'obbligazione del conduttore, si tratta della valutazione rispetto all'adempimento del locatore. Diversamente dal collaudo della *locatio conductio operis*, il conduttore della *locatio conductio operarum* paga in base al tempo in cui il locatore ha fornito l'attività lavorativa.

Alla fine, va formulata una osservazione concernente il sinallagma: il principio enunciato nel testo contraddice il criterio della sinallagmaticità funzionale nel caso di obbligazioni corrispettive²¹⁰. Nel caso il locatore non ha potuto prestare la sua attività, il conduttore però ha lo stesso l'obbligo di pagare la mercede. Per quanto riguarda la sinallagmaticità funzionale posta da tale considerazione, si sta parlando della risolubilità del contratto per inadempimento (art. 1453 del codice civile italiano), ma i romani non hanno approfondito ancora la valutazione del nesso interdipendenza fra prestazione e controprestazione come base di un principio generale²¹¹. In realtà, siffatta prospettiva è proprio una estensione del rischio contrattuale nella *locatio conductio operarum* nel diritto classico.

senza il consenso dello stipulante, il debitore non sarà liberato dalla responsabilità. Quindi, anche se il fideiussore aggiungesse alla stipula la seguente clausola: "Nulla sarà fatto da voi per interferire con il mio diritto di passaggio", e il fideiussore mi impedisse di passare, non renderebbe operativa la stipula; e se permettesse il godimento della servitù, non impedirebbe alla stipula di avere effetto. Si veda DE ROBERTIS, *I rapporti*, cit., p. 145.

²¹⁰ Il principio della sinallagmaticità intende che nel caso una delle obbligazioni si estingua per fatto non imputabile al debitore, si estingua anche il diritto alla controprestazione. Cfr. VACCA, *Considerazioni*, cit., p. 290.

²¹¹ Cfr. G. PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano, 1962, p. 699. Infatti, qui Betti parlava solo del concetto della sinallagmaticità nel diritto romano. BETTI, *Periculum*, cit., p. 194 ss.

5.3 Il rischio contrattuale nella *locatio conductio operarum* (D.19.2.19.9)

Il noto testo D.19.2.19.9 ci presenta non solo il rischio contrattuale della *locatio conductio operarum*, ma insieme con il suddetto testo D.19.2.38pr. forma anche il principio generale del contratto della *locatio conductio operarum* generica concernente l'obbligazione dei contraenti ²¹².

D.19.2.19.9 (Ulp. 32 ad ed.): *Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset, imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: "Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est."*

Il giurista dice: avendo un certo scrivano locato le proprie attività lavorative ed essendo poi morto colui che le aveva prese in conduzione, l'imperatore Antonino Caracalla con l'imperatore Settimio Severo rispose con rescritto, all'istanza dello scrivano, con queste parole: 'poiché sostieni che non è dipeso da te di non aver prestato le attività lavorative locate ad Antonio Aquila, se nello stesso anno non hai ricevuto mercedi da qualcun altro, è equo che venga adempiuto quanto è incluso nell'affidamento del contratto' .

Riguardo al testo, vi sono due interpretazioni diverse da parte degli studiosi. La prima, rappresentata da Betti, afferma che il testo tratta della regola della ripartizione del rischio contrattuale, che *periculum est conductoris*. Ad avviso di

²¹² Va notato una osservazione di Vacca che riferisce al rapporto tra il testo D.19.2.19.9 e il testo D.19.2.38pr. La distinzione tra il testo D.19.2.19.9 e il testo D.19.2.38pr. consiste nella colpa. Il primo testo non parlava della colpa, che il motivo dell'impossibilità di prestare del locatore non è dipeso da lui, ma il rescritto non presume neanche che sia dipeso dal conduttore. Invece nell'ultimo testo, "i motivi indipendenti dalla sua volontà" ci fa pensare che Paolo suppone che l'impossibilità di prestare sia dipesa dal conduttore; di conseguenza, l'ultimo testo non riguarda il rischio contrattuale. Cfr. VACCA, *Considerazioni*, cit., p. 290 nt. 84.

Betti, il fatto che il locatore non rimanga obbligato per l'impossibilità di prestare, sia considerato una mancata utilizzazione dal conduttore, per cui questo non fa venir meno l'obbligo del conduttore di pagare il corrispettivo ²¹³. I sostenitori della regola del rischio, come mette in risalto Metro, ritengono che la morte del conduttore sia considerata come l'impossibilità della prestazione, per cui l'obbligazione si estingue dalla morte e il testo pertanto parla della ripartizione del rischio ²¹⁴.

In seguito, un'altra interpretazione ci presenta come il testo non riguardi il problema del rischio contrattuale, invece concerne gli effetti contrattuali, in particolare l'estinzione dell'obbligazione dei contraenti, dalla morte di una delle parti sul rapporto negoziale ²¹⁵.

Le due interpretazioni opposte si concentrano se il fatto della morte del conduttore sia un caso dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, che è anche il fattore determinante del rischio contrattuale. Come affermano i pareri soprammenzionati, i sostenitori del rischio considerano la morte del conduttore quale estinzione dell'obbligazione, il motivo dovrebbe essere il carattere personale della *locatio conductio operarum* che rende gli eredi del conduttore privi dell'interesse alla prestazione del locatore ²¹⁶, per cui dal tenore del testo gli imperatori presumono la prestazione impossibile ²¹⁷. Secondo l'interpretazione contraria, la morte del conduttore non determina l'impossibilità della prestazione

²¹³ BETTI, *Periculum*, cit., p. 194. A. METRO, *Locatio conductio operarum e rischio contrattuale*, in *Panorami*, V, 1993, p. 50 ss; PROVERA, *Sul problema*, cit., p. 713-715; VACCA, *Considerazioni*, cit., p. 292; V. CARRO, *Note sul riparto del rischio contrattuale nelle obligationes consensu contractae*, in *Revista General de Derecho Romano*, XXVII, 2016, p. 10.

²¹⁴ Cfr. METRO, *Locatio conductio operarum*, cit., p. 52.

²¹⁵ Cfr. N. PALAZZOLO, *Le conseguenze della morte del 'conductor operarum' sul rapporto di lavoro*, Roma, 1964, p. 288-296.

²¹⁶ Cfr. PROVERA, *Sul problema*, cit., p. 716.

²¹⁷ Cfr. METRO, *Locatio conductio operarum*, cit., p. 51 ss.

e l'estinzione del rapporto, anzi vi sarebbe una trasmissibilità dell'obbligazione agli eredi del conduttore.

Le opinioni dei sostenitori del rischio contrattuale ormai sono dominanti nel dibattito. Da un lato, infatti “*si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est*” non intende il trasferimento della prestazione agli eredi, ma è solo una regola della *fides bona*, per cui al locatore non è permesso di ricevere una doppia mercede ²¹⁸. Da un altro, la questione sociale concernente il rapporto tra il lavoratore e l'assuntore, ovvero la tutela del lavoratore nel diritto romano fa assumere al conduttore l'obbligo di pagare la mercede pattuita nel caso dell'inadempimento ²¹⁹.

La divergenza nel dibattito consiste nell'estinzione dell'obbligazione, in quanto il rischio contrattuale riflette il regime della responsabilità sotto i diversi criteri dell'inadempimento che sono creati per l'impossibilità della prestazione ²²⁰. Sappiamo che si parla di un rischio il quale è causato dalla *vis maior* o del *naufragium* nella *locatio conductio operis*, invece nel testo di Ulpiano la causa dell'inadempimento è la morte del locatore, confrontando il rischio contrattuale nella *locatio conductio operis* e nella *locatio conductio operarum*. Rispetto alla *vis maior*,

²¹⁸ Cfr. METRO, *Locatio conductio operarum*, cit., p. 52.

²¹⁹ Secondo Provera, citando Mayer-Maly, 'la valutazione dell'importanza sociale del lavoro e la necessità di una rigorosa tutela normativa accompagnata da misure di carattere previdenziale di una norma particolarmente favorevole al lavoratore in tema di rischio'. Cfr. PROVERA, *Sul problema*, cit., p. 723 nt. 63. Riguardo alla tutela del lavoratore, in particolare, DE ROBERTIS, *I rapporti*, cit., p. 147-150. Cfr. METRO, *Locatio conductio operarum*, cit., p. 57.

²²⁰ I diversi criteri secondo Cannata sono: *sanum esse, dolum praestare, custodiam praestare, casum praestare, periculum praestare*, CANNATA, *Per lo studio della responsabilità*, cit., p. 14-20; ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 5. Dei doveri concernenti il rischio contrattuale, si veda anche MANCINETTI, *L'emersione dei doveri «accessori»*, cit., p. 419-420.

la morte del conduttore (o del locatore in D.50.13.1.13²²¹) se non è dipeso dal locatore, è proprio come una causa di impossibilità della prestazione per conto del locatore, considerando il fatto che l'oggetto della *locatio conductio operarum* sia la persona²²². Dunque, si può concludere che la ripartizione del rischio nella *locatio conductio operarum* avvenga con la regola *periculum est conductoris*, anche se 'i testi concernono il problema del rischio in questo tipo di contratto sono estremamente scarsi'²²³.

6. Conclusione: lo schema locativo delle obbligazioni nella *locatio conductio operis e operarum*

L'indagine delle obbligazioni e del rischio contrattuale dimostra una concettualizzazione matura e anche completa del contratto consensuale. Il significato dell'indagine consiste nella completezza e compiutezza delle obbligazioni nella *locatio conductio operis* e *locatio conductio operarum*²²⁴.

Le analisi dei testi citati consentono di formare un'idea unitaria in cui v'è un sinallagma *uti frui-merces* nel rapporto di *locatio conductio operis* e *locatio conductio operarum*. Tale dato supporta la nostra tesi iniziale secondo cui la struttura fondamentale del contratto di *locatio conductio* sia unitaria. Infatti, Gaio nelle *Institutiones* configura la locazione come un contratto consensuale simile alla

²²¹ D.50.13.1.13 (Ulp. 8 de omn. Trib.): *Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quo minus causam ageret*. L'imperatore Severo proibì che un onorario fosse recuperato dagli eredi di un avvocato dopo la sua morte, perché non era colpa sua se non aveva condotto la causa.

²²² Questa caratteristica si può ritenere anche una parte del carattere personale della *locatio conductio operarum*. Sul carattere personale, si veda nt. 215.

²²³ Cfr. PROVERA, *Sul problema*, cit., p. 709.

²²⁴ Oltre alle obbligazioni contrattuali, i testi relativi alla *locatio conductio* hanno anche offerto le fonti dei doveri accessori del contratto, si veda MANCINETTI, *L'emersione dei doveri «accessori»*, cit., p. 419-420.

compravendita, per cui anche le obbligazioni della locazione sono parallele a quelle della compravendita ²²⁵. Ovviamente, l'indipendenza del contratto di locazione dalla compravendita è anche segnalata da Gaio così come ugualmente dai giuristi della scuola sabiniana.

Tuttavia, la variazione dalla *locatio conductio operis* fino ad arrivare alla *locatio conductio operarum* implica una distinzione tra due tipi di locazione. Quest'ultima, come sottolineano i sostenitori della unitarietà della *locatio conductio*, consiste nei diversi modelli di figure contrattuali ²²⁶. Un esempio fatto da Labeone può trovarsi nel testo di Papiniano D.19.5.1.1 ²²⁷.

Dunque, nel diritto romano si distinguono i diversi modelli della *locatio conductio*, considerando la sussistenza di una divisione tra *locatio conductio operis* e *locatio conductio operarum*. Nel diritto moderno, si può osservare l'analoga distinzione tra il rapporto di lavoro autonomo e il rapporto di lavoro subordinato.

²²⁵ Cfr. LONGO, *Emptio venditio et locatio conductio*, cit., p. 269.

²²⁶ Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 117. Questa conclusione è confermata anche da Diliberto secondo cui la *locatio conductio* non ha un carattere unitario. DILIBERTO, *Locazione e compravendita*, cit., p. 8. Per cui Fiori pone che i giuristi avessero consapevolezza della distinzione tra tre specie. FIORI, *La definizione*, cit., p. 362.

²²⁷ D.19.5.1.1 (*Pap. 8 queast.*): *Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit*. Labeone scrive che, qualora fosse incerto se il proprietario delle merci abbia preso in conduzione la nave o abbia locato la stessa per il trasporto, bisogna dargli un'azione civile modellata sul fatto nei confronti del comandante della nave.

CAPITOLO II

LE OBBLIGAZIONI E IL RISCHIO CONTRATTUALE NEL CONTRATTO AVENTE AD OGGETTO IL LAVORO NEL DIRITTO PRIVATO: UNA PROSPETTIVA COMPARATA NEL DIRITTO MODERNO

1. Introduzione

Nel codice civile italiano, il Libro IV e il Libro V sono connessi mediante il tramite della nozione relativa al lavoro. Il libro V *Del lavoro* prevede generalmente tutte le forme di lavoro, sia il lavoro autonomo sia il lavoro subordinato, mentre il Libro IV *Delle obbligazioni* contempla ugualmente il lavoro autonomo, ma regolando all'interno di detta categoria i contratti tipici che hanno come oggetto la prestazione dell'attività, cioè la prestazione di lavoro.

Nel codice civile italiano del 1942, il lavoro autonomo è stato diviso in due parti: il lavoro autonomo contenuto nei singoli contratti tipici nel Libro IV e il lavoro autonomo del contratto d'opera nel Libro V (§2). Come si è visto nell'indagine precedente, il contratto di lavoro autonomo e di lavoro subordinato sono originati dalla *locatio conductio operis* e dalla *locatio conductio operarum*. Dunque, si può dedurre che non solo i due tipi di regolamentazione di lavoro autonomo, ma anche la regolamentazione del lavoro subordinato condividano una struttura contrattuale, cioè lo schema locativo ²²⁸, specialmente in ambito delle obbligazioni contrattuali (§6).

²²⁸ Per lo schema locativo, cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Opera (contratto di)*, in *Novissimo digesto italiano*, XI, Torino, 1957, p. 983.

Di conseguenza, l'obiettivo dell'indagine non mira soltanto alle obbligazioni nel contratto di lavoro nel Libro V (§3), ma anche ad analizzare un rapporto di regolamentazione tra il contratto di lavoro, in particolare il contratto di lavoro autonomo – il contratto d'opera –, e i singoli contratti tipici, o cosiddetti contratti di servizi ²²⁹ nel Libro IV (§5). Tale rapporto in realtà costituisce una relazione rapportabile a quella tra il diritto di *genus* e il diritto di *species*, il quale forma anche la teoria fondamentale della regolamentazione del contratto avente ad oggetto il lavoro nel diritto privato, che può essere assunta per la costruzione di un modello del contratto d'opera nel codice civile cinese. Il rapporto tra i due tipi di contratti si svolge nel confronto dell'obbligazione contrattuale, per cui occorre anche osservare le obbligazioni nei contratti relativi tipici contenuti nel Libro IV (§4.2).

In questo capitolo, costituiscono ancora oggetto di indagine il diritto europeo e il diritto giapponese. Il diritto giapponese non solo assume un valore nello sviluppo del contratto di servizio, ma svolge anche un ruolo rilevante nella codificazione del codice civile cinese che formerà l'oggetto finale della tesi (§4.1). Il diritto europeo, comprendendo i codici civili europei e anche il DCFR, al contrario offre una possibilità di rinvio o può rappresentare un modello per la regolamentazione del contratto avente ad oggetto la prestazione di lavoro (§4.3).

²²⁹ Il contratto di servizio è una tipologia di contratto che 'la scienza giuridica europea ha, per molto tempo, considerato poco', ma ha anche fatto un contributo fondamentale stabilendo *contract service* nel Draft Common Frame of Reference. Per una introduzione generale, si possa confrontare la prefazione di Martin SCHMIDT-KESSEL, M. TESCARO, *Unitarietà e centralità del contratto d'opera nel panorama dei contratti di servizi*, Milano, 2017, p. XXI-XXIII.

Il riferimento al diritto europeo e al diritto giapponese assume importanza proprio per la costruzione del modello di contratto di servizio — ossia il contratto d’opera nel c.c.i. — in via comparata ²³⁰.

In modo particolare, per il metodo scientifico che deve essere impiegato nella comparazione, secondo quanto è stato affermato in modo paradigmatico da Gorla, si può ritenere che ‘ “comparare” nel campo del diritto, come in ogni altro campo, significa, di per sé, un’attività o processo di conoscenza di due o più fenomeni giuridici (storicamente determinati) per vedere che cosa essi abbiano di diverso e che cosa in comune’ ²³¹.

Inoltre, lo sviluppo storico, la teoria, e l’applicazione del diritto nei vari sistemi legali nazionali/europei, costituiscono proprio i diversi oggetti del metodo della comparazione ²³². In particolare, l’indagine di diversi diritti nazionali, da un lato, mostra i tentativi effettuati per la regolamentazione dei contratti di servizi, che ci riconducono al modello italiano; dall’altro lato, ci presenta

²³⁰ La via comparata, secondo quanto affermato da Gorla, intende una comparazione di varie attività in diversi modi della scienza del diritto, facendo riferimento agli interessi, ai problemi, alle difficoltà. Cfr. GORLA, *Diritto comparato*, cit., p. 928.

²³¹ GORLA, *Diritto comparato*, cit., p. 928.

²³² Per quanto riguarda il metodo del diritto comparato, si veda G. GORLA, *Il contratto, problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, II, Milano, 1955; ID, *Diritto comparato*, cit., p. 939 ss., dove si afferma che ‘pertanto al prudente comparatista i vari momenti o movimenti del suo lavoro (spesso intrecciati fra loro) si presentano nel seguente modo: I. procurarsi una conoscenza abbastanza vasta, se non totale, del diritto non noto, anche quanto alla sua storia. Ciò si può fare, almeno in gran parte, soltanto “per sentito dire”, con l’aggiunta però di qualche possibile esperienza di vita vissuta *in loco*. Questa preliminare conoscenza generale o generica è necessaria per inquadrarvi il tema di cui *sub* II; II. scegliere un problema o gruppo di problemi e condurre su di esso un’indagine approfondita mediante lo studio diretto dei testi. Ogni comparazione condotta senza questo studio approfondito e diretto non può che lasciar perplessi, come quello che opera in superficie; III. considerare sempre con riserva o beneficio di finale inventario ogni giudizio comparativo, come imperfetto e da perfezionare mediante l’integrazione di altri studi, o dell’opera di altri studiosi; IV. sostituire man mano al “per sentito dire”, o ai quadri descrittivo-sintetici di cui *sub* I, i risultati delle indagini approfondite e dirette di cui *sub* II e III.

praticabilità/impraticabilità della regolamentazione nei sistemi del diritto positivo esistenti e la loro risoluzione. Alla fine, le norme e le tipologie del contratto di servizio nel DCFR offrono un riferimento generale ma anche dettagliato per il modello del contratto di servizio.

2. La separazione della *locatio conductio operis* nel codice civile italiano del 1942 tra l'appalto con gli altri contratti tipici relativi e il contratto di lavoro autonomo: un tentativo di integrazione nell'applicazione delle regole

2.1. Il fenomeno della separazione nel Libro IV e nel Libro V del codice civile

Attraverso il contratto di *locatio conductio operis*, il quale integra uno scambio tra l'*opus locatum* e la mercede, diventa palese che i contratti tipici ²³³ nel Libro IV e il contratto di lavoro nel Libro V condividano uno schema locativo ²³⁴.

Come si è visto, lo schema locativo unisce la *locatio conductio operis* e la *locatio conductio operarum* in uno schema unitario. Sappiamo che la *locatio conductio operis* e la *locatio conductio operarum* corrispondono al lavoro autonomo e al lavoro subordinato ²³⁵, per cui la collocazione del Libro V è coerente con la struttura della *locatio conductio*, nel senso che diversi tipi di contratto sono tutti regolati nello

²³³ Considerando il sinallagma dello scambio tra la mercede e la prestazione di un lavoro umano, i contratti tipici che condividono lo schema locativo sono il contratto di appalto, il contratto di trasporto, il contratto d'agenzia e anche il mandato. In particolare, per il rapporto tra lo schema locativo e il contratto d'opera, cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 986.

²³⁴ Lo schema locativo intende la concessione di godimento di una cosa, l'esercizio per conto d'altri di qualsiasi attività umana atta alla produzione o allo scambio di beni e servizi. Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 983.

²³⁵ G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Torino, 2004, p. 23 ss.

stesso Libro V. Tuttavia, il contratto di appalto è proprio un contratto che deriva dalla *locatio conductio operis*, la quale richiede un *opus perfectum* come adempimento del contratto, e il prestatore lo compie in cambio di un corrispettivo senza subordinazione del committente²³⁶. Inoltre, se si parte dalla prospettiva più generica dello schema locativo, i contratti tipici aventi ad oggetto la prestazione dell'attività lavorativa autonoma sono: il trasporto, il mandato, il contratto di agenzia, la mediazione e il deposito oneroso. Tali contratti sono integrabili a livello della disciplina anche nella struttura fondamentale della *locatio conductio operis*²³⁷.

Il motivo per cui il legislatore del 1942 separa il contratto di appalto (con gli altri contratti tipici ad esso relativi) e il contratto di lavoro autonomo nonché li colloca corrispondentemente nel Libro V e nel Libro IV, consiste nel fatto che il lavoro autonomo e l'appalto accentuano diversamente la natura della prestazione, in cui ovviamente vi è anche la considerazione politica operata dall'economia corporativa, secondo quanto si legge nella relazione nel codice civile del 1942²³⁸. Innanzitutto, il contratto d'opera è una figura più ampia del

²³⁶ Nel codice civile italiano del 1865, l'appalto era inquadrato nello schema del contratto di locazione, che seguiva lo schema del *Code Napoléon* ed era considerato come una figura particolare della *locatio conductio operis*. Cfr. M. STOLFI, *Appalto (contratto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, p. 629. Si veda anche come l'appalto costituisca un tipo negoziale accostabile alla *locatio conductio operis*. Cfr. L. V. MOSCARINI, *Il contratto di appalto e le figure affini*, in *Il contratto di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2011, p. 14.

²³⁷ Per tali contratti, si svolgerà una analisi nel §4. In particolare, in relazione ad un tentativo di unire quei contratti sotto la figura riconducibile allo schema *do out facias*, cfr. MOSCARINI, *Il contratto di appalto*, cit., p.12 ss. Inoltre, per la integrazione dei contratti di servizi, si veda TESCARO, *Unitarietà*, cit., p. 175 ss.

²³⁸ Da un lato, in ragione della Carta del lavoro, il codice civile italiano del 1942 deve creare un sistema di lavoro come una evidenza e un rilievo ai lineamenti corporativi della riforma legislativa. Dall'altro lato, il codice civile è anche un codice unito del diritto civile e diritto commerciale, per cui il principio corporativo che rappresenta una trasformazione dall'antico mondo feudale agli istituti corporativi, domina anche il campo dell'attività economica nazionale. Dunque, orientando la riforma del diritto delle obbligazioni, il

lavoro, rispetto al lavoro in senso stretto cioè il lavoro subordinato. Il legislatore valuta più un “lavoro esclusivamente o prevalentemente proprio” nel libro V che non viene a essere ribadito ²³⁹, invece, nella prestazione dell’*opus* nel Libro IV. Dunque, nel Libro IV, il lavoro autonomo è caratterizzato da una mancanza di organizzazione produttiva, come osservato da Santoro-Passarelli ²⁴⁰.

In breve, il codice civile italiano del 1942 ha abbandonato il sistema della locazione d’opera presente nel codice civile del 1865, o più precisamente il *Code Napoléon* — base del codice civile del 1865 — si ispirava all’idea moderna della Carta di lavoro ²⁴¹ e alla distinzione tra la figura di negozio autonomo e la figura di lavoro. Tale separazione non avviene da una suddivisione rispetto all’obbligazione, come si è visto, parlando della politica operata dall’economia corporativa. La suddivisione tra le obbligazioni nella compravendita e nella locazione nel sistema romanistico proviene da un’ideologia politica o sociologica in cui al lavoro è assegnato un significato più sociologico che giuridico. Infatti, il rapporto complesso tra i contratti tipici relativi e il contratto d’opera è una questione riferita in ogni trattazione concernente detti contratti, che approfondiremo subito nell’indagine successiva.

Libro V è riuscito a integrare il diritto civile e commerciale. Cfr. *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, in *Codice civile. Testo e relazione Ministeriale*, Roma, 1943, p. 182.

²³⁹ *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, cit., p. 914.

²⁴⁰ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 985.

²⁴¹ Cfr. *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, cit., p. 182.

2.2. Il dibattito sulla separazione e la sua essenza

2.2.1 Le argomentazioni del dibattito: il motivo e lo scopo della discussione

In realtà, l'indagine sulla separazione non è venuta meno a motivo del legislatore del 1942 che, al contrario, ha innescato un dibattito riguardante proprio la separazione.

Sappiamo che la dottrina del diritto civile italiano aveva maturato un passaggio dal metodo francese al metodo tedesco, e il metodo sistematico in quest'ultimo ha risollevato scientificamente la scuola giuridica italiana nel secolo XIX, come sottolineato da Masi ²⁴². Tenendo conto del pensiero sistematico tedesco, perciò, 'il compito del pensiero teleologico è quello di considerare sino alle sue estreme conseguenze una valutazione (primaria) ... eliminare contraddizioni ... prevenire le antinomie ... nuove valutazioni', secondo quanto affermato da Varenese ²⁴³. Anche se il sistema logico-formale fosse obsoleto e fosse restituito dal sistema assiologico e teleologico, l'obiettivo finale del sistema è sempre l'unità interna e la coerenza di valutazione, come ritenuto da Varenese ²⁴⁴, alle quali tenta di arrivare anche il sistema logico-formale. Con ciò, il dibattito senz'altro origina da una prospettiva di valutazione unitaria tra i due tipi di *locatio conductio operis*, ossia l'appalto e il contratto d'opera.

²⁴² Per lo sviluppo della dottrina italiana del diritto civile, si veda A. MASI, *Il metodo esegetico, le prolusioni, e l'inizio del metodo dogmatico*, in *Novecento giuridico: i civilisti*, a cura di P. PERLINGIERI, A. TARTAGLIA POLCINI, Napoli, 2010, p. 3 ss.

²⁴³ G. VARENESE, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, Napoli, 2009, p. 49.

²⁴⁴ VARENESE, *Pensiero sistematico*, cit., p. 21-23.

2.2.2 La divergenza sull'applicazione generale del contratto d'opera: la disputa nel dibattito

Riguardo l'applicazione unitaria della disciplina del contratto d'opera e dei contratti tipici relativi, le opinioni si dividono in due scuole di pensiero. Da un lato, si ammette una similitudine tra il contratto d'opera e i contratti relativi nel Libro IV, ed anche una applicazione della disciplina generale del contratto d'opera nei contratti tipici ²⁴⁵; dall'altro lato, invece, si afferma che sotto la collocazione del codice civile vigente, i negozi aventi ad oggetto la prestazione dell'attività lavorativa siano distinti da quelli che considerano tale attività solo come una modalità di attuazione del rapporto ²⁴⁶.

Tra queste due scuole, dal punto di vista del numero di sostenitori, si può ottenere che il primo punto di vista, cioè la similitudine tra il contratto d'opera e i singoli contratti tipici e l'applicazione in via integrativa, abbia avuto una influenza maggiore. Tuttavia, la vittoria di tale pensiero non consiste solo in una prevalenza dei numeri, anzi, tale similitudine viene approvata dalla disciplina romana della *locatio conductio operis* e anche dalle norme proprie del contratto d'opera ²⁴⁷.

Per quanto riguarda la disciplina romana della *locatio conductio operis*, sappiamo che la *locatio conductio operis* è distinta dalle altre due locazioni per uno

²⁴⁵ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 985; P. SANDULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di diritto privato*, XV, Torino, 1986, p. 799; C. ASSANTI, *Le professioni intellettuali e il contratto d'opera*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XV, Torino, 1986, p. 843; TESCARO, *Unitarietà*, cit., p. 178; anche A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, Milano, 1966, p. 76, però bisogna rilevare che Perulli afferma una improponibilità della generalizzazione di un paradigma unitario del lavoro autonomo, si veda ID, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 11.

²⁴⁶ G. GIACOBBE, D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera*, in *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, Milano, 2009, p. 11.

²⁴⁷ In realtà, è provata anche dal progetto storico di codificazione del 1942, cfr. §2.1.

scambio specifico tra il corrispettivo e il compimento di un *opus*, il quale accentua un'attività lavorativa di risultato. I contratti tipici nel Libro IV condividono lo stesso paradigma dello scambio, 'se ne discostano per la peculiarità del modo di compimento o della natura dell'*opus*', come affermato da Santoro-Passarelli ²⁴⁸. Inoltre, il sistema di locazione in cui sono divisi la locazione dell'opera e la locazione di cose è anche un aspetto storico che supporta la similarità nella struttura contrattuale.

Nel codice civile la parte finale dell'art. 2222 riferisce riguardo l'applicazione del medesimo in caso di rapporti non regolati nel Libro IV, ammettendo una similarità tra i due tipi di contratto ²⁴⁹. Secondo il testo dell'art. 2222, il rapporto regolato nel Libro IV e il rapporto nel contratto d'opera hanno una relazione allo stesso modo riguardo il diritto generale e il diritto speciale ²⁵⁰. Questo però non equivale a negare i limiti di tale similitudine, anche nell'applicazione ²⁵¹.

Come si è visto, il modo di compimento o la natura dell'*opus*, in un certo senso, giustifica tale divisione nel Libro IV e nel Libro V. Di conseguenza, l'idea dominante della seconda scuola di pensiero è quella che nega l'applicazione della disciplina del contratto d'opera come una disciplina generale con il solo limite della compatibilità, come ritenuto da Giacobbe e Giacobbe ²⁵². Rispetto ad un limite della compatibilità — ossia l'applicazione delle norme relative al contratto d'opera nei singoli contratti tipici relativi con il limite nell'ambito della differenza

²⁴⁸ SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 985. La peculiarità qui intende per esempio, i diversi criteri di compimento in cui vi sono l'obbligazione di risultato e l'obbligazione di mezzi, di cui si vedrà nel §3.1.1.

²⁴⁹ Per tale applicazione, in particolare l'applicazione diretta, si veda TESCARO, *Unitarietà*, cit., p. 177; PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 76; SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 985.

²⁵⁰ Questa relazione si trova anche nel *Draft Common Frame of References*, in cui *part D* del *Book IV* è il diritto generale del diritto speciale, cioè *part C* del *Book IV*. Si veda anche TESCARO, *Unitarietà*, cit., p. 177.

²⁵¹ Per i limiti della compatibilità, si veda SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 985; PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 76.

²⁵² Cfr. GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 10.

intrinseca²⁵³ —, l'applicazione deve anche essere entro il limite dell'ambito del rapporto — ossia l'applicazione delle norme concernenti il contratto d'opera potrebbe essere solo nel contratto avente il medesimo oggetto del contratto d'opera —, il quale non solo ha come oggetto, ma come proprio l'oggetto principale la prestazione di un'attività lavorativa²⁵⁴.

2.2.3 L'essenza del dibattito: una discussione sull'obbligazione contrattuale

Fino al giorno d'oggi, confrontando due opinioni discordanti riguardo la separazione della *locatio conductio operis* creata dal legislatore del 1942, si può ottenere che il dibattito in realtà sia il frutto di una discussione sull'obbligazione.

Innanzitutto, tenendo conto dell'opinione negativa sulla similitudine, gli autori per essa fondamentali Giacobbe e Giacobbe confrontano il contratto d'opera con il contratto di appalto²⁵⁵. Nel confronto, una considerazione tipica è che il prestatore nel contratto d'opera assuma un'obbligazione di mezzi, cioè l'oggetto del contratto si identifica anche nel *facere* che si realizza, invece l'appaltatore deve produrre un risultato²⁵⁶. Dunque, si può dedurre che in questo

²⁵³ Sulla differenza intrinseca, per esempio, l'art. 1703 prevede gli atti giuridici come il contenuto dell'attività di mandato, che non è la richiesta dell'attività contenuta nella prestazione del prestatore d'opera. In questo caso, l'applicazione delle norme di contratto d'opera deve rispettare la specialità del mandato.

²⁵⁴ Come vedremo subito nel §2.2.3. Secondo Giacobbe, le situazioni giuridiche disciplinate nel Libro IV e nel Libro V sono diverse. Le prime si riferiscono principalmente al rapporto obbligatorio di origine negoziale, in cui l'attività lavorativa è come mezzo di attuazione del rapporto; invece le ultime, invece, sottolineano il rapporto intercorrente tra il lavoratore ed il prestatore di lavoro, l'attività lavorativa come oggetto del rapporto, per cui il limite dell'applicazione non può essere considerato la sola compatibilità ma anche la natura stessa del rapporto contrattuale. Cfr. GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 11-12.

²⁵⁵ Cfr. GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 71 ss.

²⁵⁶ Cfr. GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 72; A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1993, p. 5. La differenza tra due tipi di contratto consiste anche nel fatto che il prestatore ha una identità diversa, ovvero nel primo contratto il prestatore è un'impresa o una organizzazione invece nel

caso l'opposizione della similarità e dell'integrazione si riferisca ad una distinzione tra l'obbligazione contrattuale di *facere* e quella di *dare*, o più precisamente, tra l'obbligazione contrattuale di *facere* e *dare* e quella soltanto di *fare* ²⁵⁷.

Di tale conclusione si beneficia nelle comparazioni operate tra il contratto d'opera e gli altri contratti tipici relativi. È noto che il mandato configura anche una prestazione tipica del *facere*, il quale è ugualmente l'elemento della prestazione del contratto d'opera. Dunque, il confronto ci riconduce alla diversità tra l'obbligazione di risultato e di mezzi ²⁵⁸. Inoltre, altre differenze come l'identità diversa dei contraenti (tra il contratto d'opera e il contratto di appalto), i differenti criteri della mercede ²⁵⁹, gli oggetti diversi della custodia (tra il contratto d'opera e il deposito) ²⁶⁰ e la diversità tra l'atto giuridico e l'atto materiale (tra il mandato e il contratto di appalto) ²⁶¹ riportano il discorso sulla distinzione tra il contratto d'opera e i contratti tipici relativi nel Libro IV nell'ambito dell'obbligazione.

Dunque, vi è da riflettere profondamente sul fatto se l'applicazione con il limite della compatibilità — cioè il rapporto tra il diritto generale e il diritto speciale —

secondo contratto il prestatore è una persona o una impresa piccola. Cfr. GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 72; SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 985. Tuttavia quest'ultima non altera il contenuto dell'obbligazione, con l'effetto della differenza prodotta dall'autonomia dei contraenti.

²⁵⁷ L'oggetto del contratto d'opera si identifica nell'*opus* finale e nel *facere*. Cfr. GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 72.

²⁵⁸ Secondo Giacobbe, anche nel contratto d'opera lo svolgimento del rapporto acquista rilevanza nel compimento di atti giuridici, 'tale circostanza non sembra che esaurisca l'oggetto del contratto, integrando, al contrario, un'attività strumentale al conseguimento'. Si veda GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 76. Sul confronto tra il contratto d'opera e il mandato, si veda anche SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 986.

²⁵⁹ Cfr. GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 71 ss.

²⁶⁰ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 986.

²⁶¹ Cfr. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 103 ss.

come una integrazione delle regole del contratto d'opera e dei contratti nominati nel Libro IV ²⁶² sia anche un problema di confronto tra le obbligazioni contrattuali. Di conseguenza, la possibilità di tale integrazione rispetto all'applicazione delle regole, né dipende dalla collocazione della regola nel Codice Civile né proviene dalla teoria dottrinale sulle differenze tra i contratti ²⁶³. In realtà, il criterio decisivo dell'integrazione si dovrebbe basare su una comparazione delle regole relative all'obbligazione contrattuale, o più precisamente, sulla regolamentazione dell'obbligazione contrattuale, per cui in ragione dell'integrazione delle regole del contratto d'opera e dei contratti tipici che hanno ad oggetto l'attività lavorativa occorre, da un lato, risolvere il dibattito sull'obbligazione contrattuale, dall'altro lato, dissolvere i confini del tipo relativo al lavoro autonomo ²⁶⁴.

²⁶² Infatti, ad avviso di Santoro-Passarelli, il contratto di trasporto può essere regolato dalle norme del contratto d'opera, in quanto la definizione nell'art. 1678 non accentua l'aspetto dell'organizzazione ad impresa. Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 985. Su tale integrazione, si veda particolarmente TESCARO, *Unitarietà*, cit., sezione VI e VII del Capitolo II.

²⁶³ Per quanto riguarda la discussione tra il lavoro autonomo e il lavoro subordinato considerando la divisione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, "... che impongono anche al giurista di non ricercare modelli esclusivamente teorici, destinati ad ingabbiare l'evoluzione del sistema, nella necessità di distinguere fra rigorosità del metodo di ricerca e preconcetta rigidità nell'acquisizione dei risultati della ricerca stessa." Cfr. SANDULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 791.

²⁶⁴ Nella seconda missione vi è già un tentativo con 'una teoria delle norme transtipiche' proposta da Perulli e applicata da Tescaro. Secondo Perulli, l'espansione della disciplina del lavoro autonomo ha la linea di principio che gli art. 2222 e ss. mantengono carattere di normativa transtipica conferitole dal fatto di essere applicabile anche ad altri tipi altrove disciplinati nel Libro IV del codice, e la regolamentazione dei contratti sprovvisti di disciplina particolare è proprio quella del ricorso a norme transtipiche, norme che per la loro *ratio* sono suscettibili di un'applicazione che superi i confini del tipo. Cfr. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 60. Tescaro afferma che tale teoria assuma un ruolo di passaggio dell'applicazione delle norme del contratto d'opera stesso ai contratti tipici relativi. Le norme 'trasstipiche' del contratto d'opera si applicherebbero in via diretta, superando i problemi del divieto di applicazione analogica di norme eccezionali. Si veda O. CAGNASSO, *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, 1983, p. 57 ss.; TESCARO, *Unitarietà*, cit., p. 177 ss.

3. Le obbligazioni nel contratto d'opera nel codice civile italiano del 1942: una disciplina generale nel Libro V del c.c.i. e riesame dell'obbligazione di risultato e di mezzi nel contratto d'opera

3.1 Le obbligazioni del prestatore nel contratto d'opera

Il contratto d'opera è regolato nel codice civile dall'art. 2222²⁶⁵. L'articolo definisce gli elementi fondamentali del contratto, includendo le obbligazioni generali dei contraenti, cioè il prestatore del lavoro e il committente. Tuttavia, sorgono alcuni dubbi dal testo dell'articolo. Innanzitutto, occorre chiarire la definizione dell'opera e del servizio, la quale riferisce la cosiddetta obbligazione di risultato e di mezzi, dunque si riferisce anche all'obbligazione dei contraenti, in particolare del prestatore di lavoro. Poi, dalla lettura del testo, il committente ha solo l'obbligo di dare un corrispettivo senza costruire un rapporto subordinato con il prestatore di lavoro, compiendo così tutte le precondizioni della decisione del corrispettivo. Infine, la parte conclusiva dell'articolo pone il problema dell'ambito per l'applicazione della regola, il quale riconduce l'indagine al dibattito riportato in precedenza.

3.1.1 Le obbligazioni generiche del prestatore d'opera e il riesame dell'obbligazione di risultato

Il contratto d'opera rappresenta un lavoro autonomo dove, a differenza del lavoro subordinato, il prestatore ha piena discrezionalità in merito all'esecuzione

²⁶⁵ Art. 2222 (Contratto d'opera) 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.

del contratto²⁶⁶. Nel titolo III del Libro V del codice, le norme del lavoro autonomo sono divise in due, quelle generiche e quelle di professioni intellettuali. Come è noto, dall'art. 2223 e dall'art. 2230²⁶⁷, il contratto d'opera generale si riferisce ad un lavoro autonomo manuale e le professioni intellettuali costituiscono il tipo speciale rispetto al primo. Dunque, le obbligazioni generiche del prestatore d'opera e del committente sono delineate dagli art. 2224 e art. 2225.

Art. 2224 (Esecuzione dell'opera) Se il prestatore d'opera non procede all'esecuzione dell'opera secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d'arte, il committente può fissare un congruo termine, entro il quale il prestatore d'opera deve conformarsi a tali condizioni.

Il testo ha stabilito due criteri rispetto all'adempimento relativo all'esecuzione dell'opera, 'le condizioni stabilite dal contratto' e 'la regola d'arte'. Quest'ultimo criterio, essendo oggettivo e fuori delle condizioni stabilite dai contraenti, è menzionato anche con un altro criterio dell'adempimento del prestatore, ovvero la diligenza: la regola d'arte, ed anche la diligenza, rappresentano un canone che deve essere seguito dal prestatore, e sono entrambe basate sulle comuni norme

²⁶⁶ La distinzione tra il lavoro autonomo e il lavoro subordinato consiste nel fatto che in quest'ultimo la determinazione dell'esecuzione del contratto spetta al datore di lavoro. Tale differenza non vale in caso di autonomia pura del prestatore, in cui l'esecuzione deve avvenire a seconda della descrizione del contratto. Si veda particolarmente PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 247, secondo cui, l'orientamento al risultato è affidato alla cooperazione del creditore e del debitore.

²⁶⁷ Art. 2223 (Prestazione della materia) Le disposizioni di questo capo si osservano anche se la materia è fornita dal prestatore d'opera, purché le parti non abbiano avuto prevalentemente in considerazione la materia, nel qual caso si applicano le norme sulla vendita. Art. 2230 (Prestazione d'opera intellettuale) Il contratto che ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale è regolato dalle norme seguenti e, in quanto compatibili con queste e con la natura del rapporto, dalle disposizioni del capo precedente. Sono salve le disposizioni delle leggi speciali.

tecniche e di esperienza, come hanno posto in evidenza Giacobbe e Giacobbe ²⁶⁸. D'altra parte, secondo quanto osservato da Perulli, la regola d'arte serve per apprezzare la conformità dell'adempimento al contenuto del rapporto obbligatorio ²⁶⁹. In ogni caso, la regola d'arte assunta quale criterio costituisce un parametro oggettivo di valutazione dell'attività del prestatore d'opera, stando a quello che ulteriormente è stato affermato da Perulli ²⁷⁰. L'oggettività non è giustificata solo dalla indipendenza dai contraenti — hanno precisato ancora Giacobbe e Giacobbe — essendo la regola d'arte una regola tecnica di un lavoro acquistando il vincolo grazie al legislatore ²⁷¹, ma anche dalla natura dell'ordine naturale della regola che non viene determinata dalla volontà dei contraenti, ma dalla norma tecnica originata dal mestiere relativo.

Con tutto ciò, sorge un dubbio sull'esplicazione della regola d'arte, cioè come si definisce l'adempimento del contratto da parte del prestatore mediante l'applicazione di tale regola. È nota l'idea che l'obbligazione del contratto d'opera sia un'obbligazione di risultato, come sottolineato da Giacobbe e Giacobbe ²⁷². E secondo quanto evidenziato da Santoro-Passarelli, tale conclusione è dedotta principalmente dall'espressione 'l'opera', la quale implica un risultato finale per

²⁶⁸ Cfr. GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 136

²⁶⁹ Cfr. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 249. Un'altra definizione di tale norma ritiene che la regola d'arte conferisca al prestatore il diritto di non seguire le istruzioni fornite dal committente. Si veda SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, cit., p. 268.

²⁷⁰ Cfr. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 248. Un parere diverso viene da Santoro Passarelli, secondo cui la regola d'arte è come le condizioni stabilite, cioè sono i criteri di valutazione del comportamento che vengono decisi dai contraenti. SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 987.

²⁷¹ Cfr. GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 136; L. RIVA-SANSEVERINO, *Del lavoro*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1963, p. 172.

²⁷² Cfr. GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 23; SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, cit., p. 267; F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1991, p. 33; SANDULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 179; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 1167.

l'adempimento del contratto ²⁷³. Pertanto, anche la modificazione materiale connotata nell'art. 2223 è un motivo comune dell'obbligazione di risultato ²⁷⁴. Tuttavia, come si è visto, la regola d'arte non accenna ad un risultato del lavoro, anzi, la valutazione oggettiva determinata dalla regola può essere applicata sia per il risultato del lavoro sia per il raggiungimento di un risultato, stando a quanto ritenuto da Perulli ²⁷⁵. Di conseguenza, la regola d'arte, come un criterio in relazione all'adempimento del contratto non sottolinea il risultato raggiunto dal prestatore bensì un criterio flessibile per l'oggetto della regola che viene deciso dai contraenti.

Alla fine, occorre esaminare l'esecuzione del servizio nella situazione regolata dall'articolo. Rispetto al concetto dell'opera, il concetto di servizio 'non è di facile determinazione ... presupponendo un'obbligazione di *facere* non comporta la trasformazione della materia', afferma Santoro-Passarelli ²⁷⁶. Infatti, il concetto di servizio spesso è considerato diverso rispetto a quello d'opera: da un lato, il

²⁷³ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., 983; PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 182.

²⁷⁴ In particolare, considerato che il contratto viene dal modello romanistico *locatio conductio operis* (Il Codice Civile nel 1865, Capitolo XVIII della Parte Terza del XXX), l'opera è considerata come l'*opus locatum*, che non è solo un risultato ma anche un risultato materiale. Secondo Giacobbe, come il contratto di appalto, l'opera ed il servizio costituiscono l'oggetto finale di un *facere*. Inoltre, il concetto di opera indica la modificazione materiale di uno stato di cose preesistente in cui l'opera è il risultato finale, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 23 ss. Il contratto d'opera regolato dall'art. 2222-2228 è anche denominato come il contratto manuale, che si distingue dal contratto d'opera intellettuale. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 1166. Secondo l'art. 2223 (Prestazione della materia) Le disposizioni di questo capo si osservano anche se la materia è fornita dal prestatore d'opera, purché le parti non abbiano avuto prevalentemente in considerazione la materia, nel qual caso si applicano le norme sulla vendita.

²⁷⁵ Su tale conclusione, si veda appunto particolarmente Perulli, per cui, la risoluzione del rapporto svela un aspetto della locazione d'opera (non intellettuale) più prossimo allo schema della prestazione continuativa di mezzi che a quello di un risultato *uno actu perficitur*. Cfr. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 251. Inoltre, Santoro-Passarelli afferma precisamente che la regola d'arte sia un criterio di valutazione del comportamento. SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 987.

²⁷⁶ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, cit., p. 267

servizio accenna ad un'attività svolta nell'esecuzione del contratto, come si è visto nel testo dell'art. 2222, in cui l'opera e il servizio rappresenterebbero due categorie diverse nell'ambito del lavoro autonomo; da un altro lato, il servizio differisce dall'opera anche nel senso della modificazione materiale, il primo non per forza comprendendo un risultato materiale ²⁷⁷. Tuttavia, l'esplicazione del servizio non può essere distaccata da quella dell'opera. Considerando l'opera intellettuale nel capo II, il servizio qui si intende un'opera speciale cioè intellettuale, come ritenuto da Perulli ²⁷⁸. Di conseguenza, l'esecuzione di servizio condivide la stessa interpretazione dell'esecuzione d'opera.

Fin qui, sono emerse delle considerazioni concernenti le obbligazioni del prestatore. Innanzitutto, l'adempimento del contratto da parte del prestatore d'opera dipende da diversi criteri: le condizioni stabilite dai contraenti, la regola d'arte e ovviamente il raggiungimento dell'opera (servizio). In particolare, la diligenza è anche considerata come uno dei criteri di valutazione dell'esecuzione. Per conseguenza, si può ottenere che la determinazione dell'adempimento del contratto da parte del prestatore non avvenga soltanto da un effetto, ovvero il raggiungimento dell'opera, al contrario gli altri criteri menzionati sono proprio necessari per valutare il processo del raggiungimento, cioè il comportamento del prestatore. Dunque, bisogna chiarire ulteriormente la categoria dell'obbligazione

²⁷⁷ Secondo i giuristi, il servizio ha più significati. In senso lato, il servizio, a differenza dell'opera, ha una accezione dinamica di attività senza riguardo al risultato, che viene invece spesso enfatizzato con l'opera. I servizi comprendono attività con diversi caratteri: industriale, commerciale, artigianale e professioni liberali. Cfr. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 236-237. Però vi è anche il parere in cui l'elemento tipico del servizio è costituito dall'attività, prevalentemente materiale. GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 25; TESCARO, *Unitarietà*, cit., p. 215.

²⁷⁸ Si veda appunto Perulli, il servizio viene assorbito dalle professioni intellettuali, che includono gran parte delle attività immateriali riconducibili alla nozione di servizi, si veda PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 237-238.

di mezzi e di risultato nelle ulteriori valutazioni che verranno formulate successivamente.

3.1.2 Le obbligazioni del prestatore d'opera intellettuale

L'opera intellettuale come un'opera speciale rispetto all'opera nel Capo I, da un lato è regolata dalle norme dell'opera, dall'altro lato ha una sua propria regolamentazione riguardo l'esecuzione dell'opera intellettuale. Come si è visto, secondo l'art. 2230, al contratto d'opera intellettuale si applicano anche le norme nel Capo I, ove si afferma "sono salve le disposizioni delle leggi speciali". Dunque, i requisiti della prestazione dell'opera intellettuale si trovano nell'art. 2224, mentre le previsioni contenute nell'art. 2232 specificano l'obbligazione contrattuale del prestatore d'opera intellettuale ²⁷⁹.

Art. 2232 (Esecuzione dell'opera) Il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto. Può tuttavia valersi, sotto la propria direzione e responsabilità, di sostituti e ausiliari, se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione.

Innanzitutto, il prestatore si obbliga a prestare l'attività personalmente. Tale obbligazione deriva dalla identità speciale del prestatore d'opera intellettuale, cioè la propria specialità e infungibilità, secondo la valutazione operata da Assanti ²⁸⁰. Tuttavia, allo stesso tempo, questa obbligazione conferisce un diritto, ossia la discrezionalità, secondo il quale il prestatore può avvalersi di sostituti e

²⁷⁹ Secondo l'art. 2231, l'iscrizione in un albo o elenco è anche un'obbligazione fondamentale del prestatore d'opera. Tuttavia, tale obbligazione non deriva dallo schema locativo dalla *locatio conductio*, per cui non è oggetto dell'indagine. Per l'obbligazione dell'iscrizione, si veda G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, Milano, 2020, p. 243.

²⁸⁰ Cfr. ASSANTI, *Le professioni intellettuali*, cit., p. 854.

ausiliari nella prestazione rispetto alle specifiche situazioni regolate nel testo. La discrezionalità del prestatore non esige soltanto la propria direzione, ma richiede anche una indipendenza dalle istruzioni del committente, stando rilievo compiuto da Musolino ²⁸¹. L'indipendenza dal committente nella prestazione, in realtà, origina dall'art. 2222 in cui il lavoro del prestatore d'opera è un lavoro senza vincolo di subordinazione. Tuttavia, essendo una *species* del contratto d'opera, il contratto d'opera intellettuale deve rispettare anche il cosiddetto principio generale dell'art. 2224, ovvero le condizioni stabilite dal contratto ed anche la regola d'arte.

Di conseguenza, sorge un dubbio sull'obbligazione del prestatore d'opera intellettuale. A seconda della regola d'arte, l'obbligazione del contratto accentua la valutazione del comportamento del prestatore ²⁸², la quale differisce dall'idea tradizionale dell'obbligazione relativa alla prestazione dell'opera intellettuale. L'obbligazione della prestazione rispetto all'opera intellettuale è caratterizzata dall'obbligazione di mezzi. Dunque, la diligenza del prestatore costituisce proprio il nucleo della valutazione dell'adempimento del contratto da parte del prestatore ²⁸³.

In generale, nell'ambito dell'obbligazione contrattuale, la richiesta più comune per l'esecuzione è la diligenza regolata nel comma 1 dell'art.1176, come

²⁸¹ Cfr. MUSOLINO, *Contratto*, cit., p. 313.

²⁸² Cfr. §3.1.1.

²⁸³ Per esempio, il compenso prescinde dal risultato conseguito poiché le obbligazioni assunte dal professionista hanno ad oggetto un comportamento diligente ed esperto e l'impiego di mezzi idonei. Cfr. P. PERLINGIERI, G. BISCONTINI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2000, p. 500. Si veda anche come, 'fra le prime (le obbligazioni di *facere*) si ascrive una ampia serie di prestazioni che vanno da quelle comprese normalmente nel contratto d'opera intellettuale...', cfr. MUSOLINO, *Contratto*, cit., p. 188.

giustamente osservato da Perlingieri e di Majo²⁸⁴. Tuttavia, il comma 2 rileva la natura delle attività esercitate. Il criterio della diligenza nel comma 2, ha assunto un significato più ampio rispetto alla solita diligenza, cioè la diligenza del buon padre di famiglia, la quale richiede una esecuzione esperta, secondo quanto precisato da Mengoni²⁸⁵. Di conseguenza, la diligenza con significato più ampio deve rispettare anche la regola d'arte contenuta nell'art. 2224.

Fin qui sembrerebbe che l'obbligazione del prestatore d'opera intellettuale sia un'obbligazione di mezzi se il risultato dell'obbligazione fosse un risultato materiale. Tuttavia, nella ricostruzione di Mengoni, l'apprezzamento della diligenza con il significato ampio potrebbe venire considerata anche come un risultato non materiale dell'obbligazione²⁸⁶. Tale pensiero elabora un superamento dell'obbligazione di risultato e di mezzi, il quale non distingue i due tipi dell'obbligazione e rileva un risultato in entrambe le obbligazioni²⁸⁷.

²⁸⁴ Cfr. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 500; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna, 1988, p. 438 ss. Si veda l'art. 1176 (Diligenza nell'adempimento) Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

²⁸⁵ Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico). Parte I*, in *Rivista del diritto commerciale*, LII, 1954, p. 200; C. CESTER, M. G. MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, in *Il codice civile Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2007, p. 155 ss. Secondo Musolino, il motivo relativo alla necessità della diligenza professionale consiste nel fatto che il termine 'opera intellettuale' sottolinei un'attività intellettuale tecnicamente basata sulla scienza e sul patrimonio tecnico-scientifico anche morale del prestatore. Cfr. MUSOLINO, *Contratto*, cit., p. 184.

²⁸⁶ Ad avviso di Mengoni, da un lato, la diligenza di un'attività tecnica esprime un apprezzamento sulle qualità del risultato conseguito e dall'esattezza del risultato si argomenta che il lavoratore sia comportato diligentemente; dall'altro lato, egli afferma che l'irresponsabilità per la perdita non imputabile della *res custodienda* non sia il motivo della conferma dell'obbligazione di mezzi, in quanto l'obbligazione di custodire implica un risultato dovuto, cfr. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 10-11, p. 17-18.

²⁸⁷ Per il superamento generale delle obbligazioni di mezzi e di risultato, si veda MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 4 ss. In particolare, per il loro superamento nel contratto d'opera e negli altri contratti, si veda R. DE

Dunque, si può dedurre che l'obbligazione di mezzi nel contratto d'opera intellettuale fosse stata basata su una diligenza generale. Tuttavia, con la diligenza dell'attività intellettuale, ovvero la diligenza tecnica, l'obbligazione del prestatore d'opera intellettuale si avvicina più all'obbligazione del prestatore d'opera manuale.

3.2 Le obbligazioni del committente nel contratto d'opera

3.2.1 La determinazione della quota di mercede e la collaborazione nel contratto d'opera

Per quanto riguarda l'obbligazione del committente, secondo un meccanismo proprio del sinallagma contrattuale, quella principale è sempre costituita dall'obbligo di prestare il corrispettivo al prestatore d'opera. Il corrispettivo, secondo l'art. 2225 e l'art. 2233²⁸⁸, viene deciso dai contraenti in primo luogo, e se 'non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe professionali e gli usi' — come regolato nell'art. 2225 — il giudice decide il corrispettivo secondo il risultato di lavoro o il parere dell'associazione professionale.

Art. 2225 (Corrispettivo) Il corrispettivo, 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.

MATTEIS, *La responsabilità dei professionisti*, in *Trattato dei contratti*, III-I, diretto da V. ROPPO, Milano, 2014, p. 677 ss; TESCARO, *Unitarietà*, cit., p. 63 ss.

²⁸⁸ Art. 2233 (Esecuzione dell'opera) Il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto. Può tuttavia valersi, sotto la propria direzione e responsabilità, di sostituti e ausiliari, se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione.

Come si è visto, il corrispettivo della prestazione d'opera manuale non ha un criterio specifico come la retribuzione del lavoro subordinato nell'art. 2099²⁸⁹. La norma fissa solo un ordine riguardo la decisione della mercede. Dunque, sorge un dubbio sul criterio per la determinazione della quota relativa alla mercede.

Innanzitutto, la mercede dell'opera manuale è un elemento fondamentale del contratto. Tuttavia, il venire meno della mercede non causa la nullità del contratto, ma potrebbe stabilire un altro contratto se tutti i requisiti fossero soddisfatti secondo l'art. 1325, secondo quanto evidenziato da Perulli²⁹⁰. Dunque, i contraenti concordano la quota, la misura, la forma del corrispettivo e anche il metodo di pagamento in base all'autonomia privata²⁹¹. In questo caso, i contraenti possono fissare il criterio a tempo o a cottimo o secondo altri fattori.

Tuttavia, occorre esaminare una applicabilità della tutela del lavoratore nella costituzione e nella determinazione del corrispettivo nel contratto d'opera, come osservato da Giacobbe e Giacobbe²⁹². Si consideri la natura diversa del lavoro

²⁸⁹ Per il rapporto tra la retribuzione del lavoro subordinato e il corrispettivo del lavoro autonomo, si veda PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 264 ss. Si veda l'art. 2099 (Retribuzione) La retribuzione del prestatore di lavoro può essere stabilita a tempo o a cottimo e deve essere corrisposta nella misura determinata dalle norme corporative, con le modalità e nei termini in uso nel luogo in cui il lavoro viene eseguito. In mancanza di norme corporative o di accordo tra le parti, la retribuzione è determinata dal giudice. Il prestatore di lavoro può anche essere retribuito in tutto o in parte con partecipazione agli utili o ai prodotti, con provvigione o con prestazioni in natura.

²⁹⁰ PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 265. Tale riflessione è diversa da quella secondo cui la misura del corrispettivo debba essere fissata al momento della stipulazione del contratto, in quanto un accordo consensuale dei contraenti sulla mercede non esige una misura specifica della mercede. Cfr. RIVASANSEVERINO, *Del lavoro*, cit., p. 176; GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 167. Secondo l'art. 1325 (Indicazione dei requisiti) I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.

²⁹¹ Le tariffe professionali e gli usi nella determinazione del corrispettivo sono anche soggetti all'autonomia privata.

²⁹² Sul punto veda G. GIACOBBE, *Professioni intellettuali*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, 1987, p. 1077.

autonomo (avente una forma della libera gestione delle energie lavorative, secondo quanto evidenziato da Perulli ²⁹³) e del lavoro subordinato (in cui ‘sussistono garanzie più pregnanti in ordine all’espressa previsione dei minimi retributivi’, stando alla valutazione di Giacobbe e Giacobbe ²⁹⁴). Questa diversa natura non mette in discussione il fatto che il lavoro sia sempre l’elemento fondamentale nel rapporto tra i contraenti in entrambi i tipi di lavoro. A prescindere dalla tutela del lavoratore in un rapporto ove la disuguaglianza influisce sul diritto del prestatore del lavoro, nella considerazione di Klesta ²⁹⁵, il limite dell’autonomia privata esiste sin dall’inizio, nell’osservazione di Santoro-Passarelli ²⁹⁶. L’art. 2224 afferma che nel caso in cui il giudice stabilisca il corrispettivo, egli deve prendere in considerazione non solo il risultato ottenuto ma anche il lavoro normalmente necessario per raggiungerlo, il quale ha già fissato un limite sia per i contraenti sia per il giudice, secondo Riva-Sanseverino ²⁹⁷. Inoltre, i fattori in riferimento alla decisione del giudice incarnano la proporzionalità del corrispettivo regolata dall’art. 36 della costituzione, stando alla considerazione di Perulli ²⁹⁸.

²⁹³ PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 269.

²⁹⁴ GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 180.

²⁹⁵ In particolare, per il rapporto tra il corrispettivo e la disuguaglianza nel contratto, si veda L. KLESTA, *La determinazione del prezzo nel contratto: una riflessione alla luce della recente riforma francese*, in *rivista di diritto civile*, I, 2018, p. 103.

²⁹⁶ Il limite dell’autonomia privata sussiste anche nell’opera intellettuale, si veda F. SANTORO-PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, Torino, 1967, p. 26.

²⁹⁷ Quando il corrispettivo non è determinato in quanto i contraenti non sono concordati, ognuna delle parti può chiedere l’intervento del giudice che agisce in veste di arbitratore, come in materia di retribuzione del lavoro subordinato nell’art. 2099. Cfr. RIVA-SANSEVERINO, *Del lavoro*, cit., p. 177. Veda anche SANDULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 807.

²⁹⁸ Per tale pensiero, si veda PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 269. Si veda il comma 1 dell’art. 36 della costituzione: Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa.

Dunque, si può concludere che il lavoro autonomo condivide lo stesso spirito della costituzione promosso rispetto al lavoro subordinato, ma non come la tutela del lavoratore per l'uguaglianza tra i contrenti del contratto d'opera bensì quale una regolamentazione generale per il rapporto giuridico di lavoro.

Infine, la determinazione della mercede riconduce verso la categoria dell'obbligazione di mezzi e di risultato. Come si è visto, una distinzione tra i due tipi d'obbligazione consiste non soltanto nel fatto della diligenza, ma anche nel modello di adempimento del contratto, secondo quanto affermato da Di Majo²⁹⁹. Se l'adempimento del contratto è il raggiungimento di un risultato, allora la mercede dovrebbe essere pagata completamente quando il risultato finale è raggiunto; invece, se la mercede è pagata completamente quando la diligenza sia stata confermata nel corso del tempo per raggiungere l'adempimento del contratto, l'adempimento stesso del contratto non esige un risultato. Tuttavia, come si è visto, non vi è una distinzione chiara tra il risultato e i mezzi dell'obbligazione nel contratto d'opera e d'opera intellettuale, anche se il primo richiede un risultato materiale finale mentre l'ultimo no. La ragione di ciò consiste nel fatto che l'adempimento di un contratto non può essere realizzato da una sola prestazione-comportamento ma dalla prestazione finalisticamente diretta al risultato, sempre seguendo la valutazione di di Majo³⁰⁰.

L'obbligo del committente di pagare la mercede è una conseguenza dell'autonomia privata dei contraenti, così come la determinazione della quota della mercede. Sia nel contratto d'opera manuale sia nel contratto d'opera intellettuale, la realizzazione dei requisiti della mercede o di una rata della mercede si può considerare sempre quale un risultato, per cui non sussiste una chiara distinzione tra l'obbligazione di mezzi e di risultato sotto l'aspetto del

²⁹⁹ Cfr. DI MAJO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 360 ss.

³⁰⁰ Cfr. DI MAJO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 361.

pagamento della mercede. Inoltre, l'assenza di tale distinzione comporta anche una ambiguità nella corrispettività dell'obbligazione contrattuale.

La determinazione della mercede, tra l'altro, è la conseguenza dell'obbligo alla collaborazione, la quale deriva dalla tradizione romanistica *adprobatio* nella *locatio conductio operis*. A riguardo, vanno rilevati i diversi termini concernenti la collaborazione che possono costituire obbligazione o potere ³⁰¹. Sappiamo dalla sinallagmaticità del contratto d'opera prevista dall'art. 2222 che il committente ha l'obbligo di effettuare la controprestazione, e dunque di collaborare al compimento della sinallagmaticità, specialmente alla controprestazione. Di conseguenza, il committente si obbliga ad accettare in primo luogo l'*opus* consegnato. Tuttavia, la discordanza è sorta dal contenuto dell'accettazione. Da un lato, l'accettazione è considerata un termine compreso da tre elementi: la verifica, l'emissione del giudizio e la presa in consegna, secondo quanto osservato da Riva-Sanseverino ³⁰². Dall'altro lato, la verifica (controllo) è conosciuta come un potere del committente, stando alle considerazioni di Santoro-Passarelli, Perulli, Giacobbe e Giacobbe ³⁰³.

In realtà, vi è un ordine nella rilevanza del processo di adempimento della prestazione e del corrispettivo. Non c'è dubbio che la prima accettazione precedente al controllo dell'opera è un'obbligazione in quanto il committente può proseguire solo nel caso in cui accetti l'opera. Inoltre, l'art. 2224 conferisce al committente il potere di fissare un termine entro il quale il prestatore d'opera debba conformarsi a tali condizioni: tale potere definisce la prestazione successiva del prestatore. L'effetto che produce il controllo verso il prestatore non

³⁰¹ Per esempio, l'accettazione, l'approvazione e il controllo/l'approvazione.

³⁰² RIVA-SANSEVERINO, *Del lavoro*, cit., p. 179.

³⁰³ SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 987; PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 253; GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 209.

è dissimile rispetto a tale potere ³⁰⁴. Tuttavia, l'art. 2226 ha introdotto una sfumatura dell'obbligazione nel potere del committente, come osservato da Perulli ³⁰⁵, perché il controllo può liberare il prestatore dalla responsabilità per difformità o per vizi dell'opera, stando alla valutazione di Riva-Sanseverino ³⁰⁶. In realtà, dalla *ratio* della considerazione, la sfumatura dell'obbligazione deriva da una accettazione finale, cioè l'accettazione dopo il controllo o più precisamente l'approvazione se l'opera sia conformata alle condizioni stabilite e a regola d'arte.

3.2.2 L'obbligazione di anticipare le spese e di cooperare nel contratto d'opera intellettuale

Nel contratto d'opera intellettuale, vi è un obbligo del cliente ³⁰⁷ di esonerare dalle spese il prestatore oltre alla prestazione del corrispettivo. Tale obbligo deriva dall'art. 2234 che comprende due obblighi: anticipare le spesa al prestatore d'opera e corrispondere gli acconti.

Art. 2234 (Spese e acconti) Il cliente, salvo diversa pattuizione, deve anticipare al prestatore d'opera le spese occorrenti al compimento dell'opera e corrispondere, secondo gli usi, gli acconti sul compenso.

³⁰⁴ Per il potere di controllo derivato dall'art. 2224, si veda PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 253; GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 209.

³⁰⁵ PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 254; GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 210. Per quanto riguarda l'art. 2226 (Difformità e vizi dell'opera) L'accettazione espressa o tacita dell'opera libera il prestatore d'opera 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. Il committente deve, a pena di decadenza denunciare le difformità e i vizi occulti al prestatore d'opera entro otto giorni dalla scoperta. L'azione si prescrive entro un anno dalla consegna. I diritti del committente nel caso di difformità o di vizi dell'opera sono regolati dall'articolo 1668.

³⁰⁶ RIVA-SANSEVERINO, *Del lavoro*, cit., p. 226.

³⁰⁷ Il cliente è anche chiamato committente.

Per quanto riguarda le obbligazioni in esame, vi è innanzitutto un dibattito sulla natura della cooperazione. Da un lato, secondo l'osservazione di Musolino che il debitore possa invocare la mora del creditore nel caso in cui vi fosse la mancanza del risultato non è a lui imputabile, come tali atti non costituiscano le obbligazioni bensì i doveri del cliente³⁰⁸; dall'altro, come è noto, e stando alla valutazione di Riva-Sanseverino, la cooperazione del cliente qui è una obbligazione contrattuale che può causare l'inadempimento del cliente se non attuata³⁰⁹.

La ragione di quest'ultima considerazione si colloca semplicemente nel fatto che la cooperazione, o in modo più preciso, anticipare le spese e corrispondere gli acconti, non soltanto costituisce la prestazione corrispettiva di quella del prestatore d'opera intellettuale in quanto tali due atti fanno parte dell'obbligazione nell'art. 2233³¹⁰, ma forma anche i contenuti dei diritti del prestatore d'opera intellettuale³¹¹.

Inoltre, si possono confrontare anche tali obbligazioni con il principio della postnumerazione — cioè il compenso allorché sorga normalmente quando la prestazione intellettuale sia completamente effettuata³¹² —. Come si è visto nell'art. 2225 e nell'art. 2233, il compenso viene pagato quando è raggiunto il risultato della prestazione. Tuttavia, il termine 'compenso', rispetto a quello di corrispettivo, mette in rilievo una specialità della prestazione d'opera intellettuale, in cui la legge accentua la professionalità stessa della prestazione

³⁰⁸ Sul punto, si veda MUSOLINO, *Contratto*, cit., p. 508 ss. Però l'autore afferma la natura dell'obbligazione degli atti suddetti. Cfr. GIACOBBE, *Professioni intellettuali*, cit., p. 1080.

³⁰⁹ Cfr. RIVA-SANSEVERINO, *Del lavoro*, cit., p. 238; MUSOLINO, *Contratto*, cit., p. 509; PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 696.

³¹⁰ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, cit., p. 26.

³¹¹ Cfr. RIVA-SANSEVERINO, *Del lavoro*, cit., p. 238; MUSOLINO, *Contratto*, cit., p. 510.

³¹² Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, cit., p. 26.

svolta dal professionista, come osservato da Santoro-Passarelli ³¹³. Infatti, non solo dal termine ma anche dall'anticipazione delle spese, sorge il pensiero che l'attenuazione della postnumerazione derivi da un doppio ordine di considerazioni nell'articolo in esame, cioè il diritto all'anticipazione delle spese e il diritto ad un acconto sul compenso, secondo la valutazione operata da Riva-Sanseverino ³¹⁴. L'essenza di quest'ultimo non è dissimile dal primo in quanto l'attenuazione del principio della postnumerazione mette l'accento più sulla natura professionale della prestazione che sulla prestazione stessa, giustificando l'anticipo nel confronto operato con il contratto d'opera manuale.

In realtà, vi è una divergenza sull'attenuazione del principio della postnumerazione. Ad avviso di Riva-Sanseverino, l'attenuazione potrebbe ammettersi per tutti i contratti d'opera ³¹⁵, invece secondo Musolino, l'art. 2234 costituisce una deroga che la postnumerazione trova in materia di professioni liberali ³¹⁶.

Al riguardo, va rilevata la natura diversa sussistente tra l'opera manuale e l'opera intellettuale. Come si è visto dall'art. 2225 e dall'art. 1665, il codice civile italiano mette in risalto una postnumerazione in un'opera manuale, invece lo stesso codice civile accentua gli acconti per il contratto d'opera intellettuale. Tuttavia, il pagamento di prestabiliti acconti in corso d'opera sussiste anche nel contratto di appalto, di cui l'art. 1666 comma 2 riferisce. Diversamente dall'acconto nell'opera intellettuale, il nucleo di tale norma assegna una priorità sulla postnumerazione stessa rispetto al pagamento dell'acconto: secondo il comma 2, un versamento degli acconti non produce un effetto di accettazione

³¹³ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, cit., p. 26.

³¹⁴ Per il doppio ordine, infatti, cfr. RIVA-SANSEVERINO, *Del lavoro*, cit., p. 238.

³¹⁵ Si veda RIVA-SANSEVERINO, *Del lavoro*, cit., p. 238

³¹⁶ Cfr. MUSOLINO, *Contratto*, cit., p. 511.

della parte di opera pagata in quanto il pagamento del compenso in ogni modo deve rispettare il principio della postnumerazione ³¹⁷.

Inoltre, la postnumerazione riconduce il discorso altresì alla categoria dell'obbligazione di mezzi o di risultato ³¹⁸. Innanzitutto, l'autonomia privata è un elemento fondamentale concernente la pattuizione del compenso. Come si è visto nella determinazione della mercede, i contraenti decidono il pagamento della mercede con piena libertà salvo diversa regola prevista della legge. Dunque, i contraenti teoricamente possono stipulare un'anticipazione delle spese o un pagamento degli acconti. Tenendo conto del diritto di credito del compenso nel contratto d'opera manuale e nel contratto di appalto, il diritto di credito del compenso si perfeziona al momento della consegna dell'*opus* e della sua approvazione da parte del committente, come osservato da Stolfi e Santoro-Passarelli ³¹⁹. Esso raffigura proprio la postnumerazione e anche le tradizioni romanistiche della *locatio conductio operis*, per cui si può ottenere che

³¹⁷ Per le discussioni sulla postnumerazione nel contratto di appalto, si veda STOLFI, *Appalto*, cit., p. 645; M. PENNASILICO, *Il corrispettivo*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2009, p. 139. Si veda l'art. 1665 (Verifica e pagamento dell'opera) Il committente, prima di ricevere la consegna, ha diritto di verificare l'opera compiuta. La verifica deve essere fatta dal committente appena l'appaltatore lo mette in condizione di poterla eseguire. Se, nonostante l'invito fattogli dall'appaltatore, il committente tralascia di procedere alla verifica senza giusti motivi, ovvero non ne comunica il risultato entro un breve termine, l'opera si considera accettata. Se il committente riceve senza riserve la consegna dell'opera, questa si considera accettata ancorché non si sia proceduto alla verifica. Salvo diversa pattuizione o uso contrario, l'appaltatore ha diritto al pagamento del corrispettivo quando l'opera è accettata dal committente. L'art. 1666 (Verifica e pagamento di singole partite) Se si tratta di opera da eseguire per partite, ciascuno dei contraenti può chiedere che la verifica avvenga per le singole partite. In tal caso l'appaltatore può domandare il pagamento in proporzione dell'opera eseguita. Il pagamento fa presumere l'accettazione della parte di opera pagata; non produce questo effetto il versamento di semplici acconti.

³¹⁸ Come vedremo subito, il rinvio alle categorie dell'obbligazione non significa una dicotomia dell'obbligazione, bensì un riferimento del momento della formazione del diritto di credito relativo al compenso.

³¹⁹ Cfr. STOLFI, *Appalto*, cit., p. 645; SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 987.

l'attenuazione della postnumerazione debba adeguarsi alla natura del diritto di credito del compenso, stando la valutazione di Assanti ³²⁰. Invece per l'opera intellettuale, la legge non sottolinea una approvazione e accettazione dell'opera nonché, insieme con la norma in esame, l'attenuazione della postnumerazione si giustifica.

In conclusione, l'obbligo di anticipare le spese e corrispondere gli acconti appartiene al prestatore d'opera intellettuale, e per il committente dell'opera manuale tale obbligo in primo luogo deriva dall'autonomia privata dei contraenti che deve concordarsi con l'obbligo dell'accettazione.

3.3 Il rischio contrattuale e la responsabilità del prestatore dell'opera

3.3.1 Il rischio contrattuale e la responsabilità del committente nel contratto d'opera

Riguardo l'impossibilità di una delle prestazioni per cause non imputabili ai contraenti, la dottrina ha costruito la responsabilità senza colpa ³²¹, la quale si rapporta con la responsabilità prevista nell'art. 2228.

Art. 2228 (Impossibilità sopravvenuta della esecuzione dell'opera) Se l'esecuzione dell'opera diventa impossibile per causa non imputabile ad alcuna delle parti, il prestatore d'opera ha diritto ad un compenso per il lavoro prestato in relazione all'utilità della parte dell'opera compiuta.

³²⁰ Sul punto, ad avviso di Assanti, solo per l'opera intellettuale è espressamente previsto che, salvo diversa pattuizione, debbano essere anticipate le spese e corrisposti, secondo gli usi, gli acconti. Per quella manuale occorre, dunque, se manchino gli usi, un patto perché si determini un obbligo nello stesso senso. Cfr. ASSANTI, *Le professioni intellettuali*, cit., p. 857.

³²¹ CARRO, *Note sul riparto*, cit., p. 2; G. ALPA, M. BESSONE, V. ZENO-ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Obbligazioni e contratti*, VI, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Milano, 2006, p. 102; G. GOTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, p. 280.

Innanzitutto, secondo l'articolo in esame, il diritto conferito al prestatore riguardo il compenso sembra affermare un principio del *periculum locatoris* nel caso di una impossibilità per l'esecuzione dell'opera non imputabile al prestatore. In questo caso, analogamente al contratto di appalto regolato dall'art. 1672, la legge non distingue se di quale contraenti siano le materie fornite, e conferma il diritto del prestatore, come osservato da Riva-Sanseverino ³²². In realtà, qui la legge vuole semplicemente mantenere il sinallagma del rapporto tra il prestatore e il committente. Il diritto al compenso del prestatore deriva dal lavoro prestato e dall'utilità del committente, mentre la materia non modifica l'appartenenza dei diritti e le posizioni dei contraenti ma può determinare solo la quota del compenso.

L'ultima parte dell'articolo, tuttavia, genera sospetti sulla integrazione del *periculum locatoris*. Anche se la legge afferma che il committente debba pagare il compenso al prestatore nel caso in esame, l'espressione 'in relazione all'utilità della parte dell'opera compiuta', insieme con il riferimento all'art. 1672 ³²³, stabiliscono anche un criterio di proporzionalità. Dunque, secondo tale criterio, il diritto al compenso esiste per il lavoro effettivamente compiuto e in diretta correlazione con esso, stando a rilievo sempre di Riva-Sanseverino ³²⁴, per cui si può ottenere che la responsabilità del committente non derivi soltanto da una disposizione del legislatore che addossa le conseguenze dell'impossibilità della esecuzione al committente. Infatti, una considerazione ulteriore avanzata da

³²² RIVA-SANSEVERINO, *Del lavoro*, cit., p. 189. Per quanto riguarda appunto l'art. 1672 (Impossibilità di esecuzione della opera) Se il contratto si scioglie perché l'esecuzione dell'opera è divenuta impossibile in conseguenza di una causa non imputabile ad alcuna delle parti, il committente deve pagare la parte dell'opera già compiuta, nei limiti in cui è per lui utile, in proporzione del prezzo pattuito per l'opera intera.

³²³ Per l'applicabilità delle norme relative nel contratto di appalto, si veda RIVA-SANSEVERINO, *Del lavoro*, cit., p. 189 ss; GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 273 ss.

³²⁴ RIVA-SANSEVERINO, *Del lavoro*, cit., p. 190.

Giacobbe e Giacobbe afferma come la parte finale in esame significhi che le conseguenze dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, le quali di norma dovrebbero ricadere sul prestatore di lavoro, vengano parzialmente riversate sul committente ³²⁵.

Inoltre, vanno rilevate l'affermazione dell'impossibilità e la determinazione del compenso.

Per quanto riguarda la causa dell'impossibilità, vi sono due ipotesi da considerare, cioè l'impossibilità soggettiva e l'impossibilità oggettiva. Un contributo fondamentale concernente la responsabilità del debitore, in particolare, la sopravvenienza, viene elaborata dall'Osti, ovvero la teoria dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione ³²⁶. Di conseguenza, la teoria dell'impossibilità oggettiva elaborata dall'Osti conduce ad una diretta incidenza sulla formazione della responsabilità del debitore per l'inadempimento nell'art. 1218 ³²⁷. Tuttavia, l'impossibilità oggettiva, particolare, assoluta ha incontrato critiche ³²⁸, e una considerazione più moderata poi avanzata da Betti ³²⁹. Al riguardo, si deve tenere conto delle norme del contratto di appalto. Sebbene la regola in esame non evidenzia la causa della impossibilità, l'art. 1664 ci offre l'idea fondamentale del legislatore, cioè l'impossibilità nell'art. 1672 non soltanto è l'impossibilità oggettiva, ma è anche un'impossibilità relativa, in cui l'impossibilità potrebbe essere superata ma con l'impegno e costi

³²⁵ GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 270 ss.

³²⁶ C.M. BIANCA, *Alla ricerca del fondamento della responsabilità contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, VI, 2019, p. 1278.

³²⁷ BIANCA, *Alla ricerca*, cit., p. 1278.

³²⁸ L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, p. 253; G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2019, p. 14 ss.

³²⁹ Per il pensiero di Betti, si veda E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 112. Inoltre, per il commento delle teorie di Osti e Betti, si veda BIANCA, *Alla ricerca*, cit., p. 1277 ss., anche il riassunto di GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 276.

esorbitanti rispetto alla struttura organizzativa dell'impresa appaltatrice e al corrispettivo già pattuito, come evidenziato da D'Amico³³⁰. Dunque, alla fine, l'impossibilità oggettiva e relativa sarebbe il criterio per l'affermazione dell'impossibilità.

Inoltre, in relazione alla determinazione del compenso, bisogna valutare l'utilità dell'opera da parte del committente. In ordine a tale valutazione, la quota del compenso riconduce il problema alla cosiddetta obbligazione di risultato, ossia se l'inadempimento sia parziale o totale, secondo quanto osservato da Giacobbe e Giacobbe³³¹. Tuttavia, il legislatore non attenua la distinzione tra i due tipi di obbligazione: è noto che l'appaltatore, analogamente al prestatore d'opera, si obbliga a consegnare un'*opus* al committente, però l'art. 1672 e l'articolo in esame, entrambe conferiscono al debitore il diritto al compenso solo rispetto all'opera compiuta fino a quel momento, indipendentemente dall'*opus* finale. E tuttavia in relazione a tale paragone, si deve evidenziare una differenza tra due criteri di valutazione del compenso. Nel contratto d'opera, l'utilità per il committente non dipende dalla proporzione del lavoro prestato rispetto al lavoro necessario in rapporto all'*opus* nell'art. 1672 anzi, al contrario, l'utilità (sia soggettiva sia oggettiva), stando alla valutazione di Giacobbe, Giacobbe e Riva-

³³⁰ D'AMICO, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 3. Secondo l'art. 1664 (Onerosità o difficoltà dell'esecuzione) Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo. Se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso.

³³¹ Cfr. GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 280.

Sanseverino ³³², del committente si valuta indipendentemente dall'opera stipulata dai contraenti, considerando la riflessione di Santoro-Passarelli e Perulli ³³³.

3.3.2 Il rischio contrattuale: la diligenza del prestatore d'opera intellettuale

Il rischio contrattuale nel contratto d'opera intellettuale differisce rispetto a quello riscontrabile nel contratto d'opera, in quanto il primo regola un rapporto speciale tra il committente e il professionista.

Art. 2236 (Responsabilità del prestatore di opera) Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave.

In primo luogo, diversamente dall'art. 2228, l'articolo in esame evidenzia anche il ruolo del dolo e della colpa grave nell'imputazione della responsabilità. Dunque, il discorso del rischio contrattuale nel contratto d'opera intellettuale si svolge intorno alla diligenza professionale e il rischio contrattuale nel contratto d'opera intellettuale viene definito dopo la valutazione della colpa professionale.

Innanzitutto, il principio generale della diligenza professionale è regolato nell'art. 1176 comma 2, secondo cui per una valutazione adeguata della diligenza si devono considerare le singole categorie di professionisti, secondo quanto

³³² Per l'utilità oggettiva e soggettiva, si veda GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 280; RIVA-SANSEVERINO, *Del lavoro*, cit., p. 190.

³³³ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., 989; PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 345. Inoltre, il compenso determinato dall'utilità riflette un rapporto tra il valore valutato dal committente ed il valore di mercato, cfr. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 345.

rilevato da Alpa, Bessone e Zeno-Zencovich³³⁴. In realtà, la ragione della considerazione di ciascuna natura inerente al tipo di prestazione professionale consiste nel fatto che i mezzi siano i criteri per la determinazione della diligenza professionale.

Al riguardo, va ribadito il noto discorso della distinzione dell'obbligazione di mezzi e di risultato, e come è validamente riferito da Mengoni, la distinzione non è stata ammessa comunemente in quanto la diligenza è stata interpretata inesattamente nel sistema legislativo italiano³³⁵. Anche la giurisprudenza ha trascurato il confine tra questi due tipi, secondo quanto rilevato da De Lorenzi e Assanti³³⁶. Tuttavia, vi sono opinioni che riconducono la diligenza all'obbligazione di mezzi, secondo la quale l'inadempimento del professionista deve essere valutato alla stregua della violazione dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale³³⁷. Tale valutazione contraddice la negata distinzione tra le categorie di obbligazione³³⁸: stante il riferimento del dolo e della colpa grave, l'inadempimento del professionista nel caso di problemi tecnici di speciale difficoltà non può desumersi soltanto da una violazione dei doveri,

³³⁴ ALPA, BESSONE, ZENO-ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, cit., p. 85. In particolare, per la diligenza dell'avvocato, del notaio, del medico, dell'architetto, si veda MUSOLINO, *Contratto*, cit., p. 564 ss.

³³⁵ Cfr. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 15 ss. Secondo l'autore, la considerazione di dividere l'art. 1176 e l'art. 1218 come l'obbligazione di mezzi e l'obbligazione di risultato causa una separazione dell'applicazione delle norme. Il progenitore dell'art. 1176, cioè l'art. 1137 del codice Napoleone sancisce la regola della diligenza proprio con riguardo a una obbligazione di risultato. Dunque, egli afferma che la diligenza è una misura di imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta dell'adempimento.

³³⁶ Per le prestazioni, in special modo mediche, il creditore deve sempre provare il cattivo risultato. Riguardo alla responsabilità dell'inadempimento, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato sta venendo abbandonata. Cfr. V. DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contratto e impresa*, XXXII, 2016, p. 499. Si veda anche ASSANTI, *Le professioni intellettuali*, cit., p. 852.

³³⁷ Cfr. ALPA, BESSONE, ZENO-ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, cit., p. 85.

³³⁸ Sulla divergenza, si veda PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 568.

potrebbe anzi essere determinato da un mancato risultato ³³⁹ o da una grave violazione della diligenza. Di conseguenza, si può ottenere che la diligenza non possa essere solo la diligenza generale in base al comma 2 dell'art. 1176, ma debba anche tenere conto della diligenza relativa all'inadempimento, dunque una diligenza spinta al massimo livello ³⁴⁰ — la perizia —, come osservato anzitutto da Mengoni, ma anche da De Lorenzi, Perulli e Musolino ³⁴¹.

Riguardo al rischio contrattuale, ossia nel caso della soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà durante la prestazione, se il professionista abbia effettuato la prestazione con diligenza professionale, l'inadempimento non è imputabile a lui e il rischio dell'inadempimento ricade sul committente.

4. Le obbligazioni nei contratti di servizi nel Libro IV del c.c.i., nel diritto privato europeo e nel diritto giapponese

4.1 La nozione del contratto di servizio nel diritto europeo e nel diritto giapponese

4.1.1 La definizione e le categorie di contratto di servizio

La categoria del contratto di servizio, nota come *service contract*, sorge dall'unificazione del diritto privato europeo. I risultati fondamentali riguardo la regolamentazione del contratto di servizio sono il libro IV. C del Draft Common

³³⁹ Più di recente, sono sorte nuove riflessioni sulla determinazione dell'inadempimento riguardo il risultato della prestazione. Tali riflessioni si sono basate sull'unificazione dell'obbligazioni di mezzi e di risultato, e in particolare, nell'ambito della prestazione medica. Si veda, ASSANTI, *Le professioni intellettuali*, cit., p. 851 ss.; PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 577; DE LORENZI, *Diligenza*, cit., p. 502 ss.

³⁴⁰ MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 22. Si veda anche Perulli, secondo la sentenza Cass. 15 dicembre 1972, n. 3616, la diligenza scrupolosa e superiore alla media, PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 582.

³⁴¹ Sul punto, si veda MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 22; DE LORENZI, *Diligenza*, cit., p. 503; PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 580 ss.; MUSOLINO, *Contratto*, cit., p. 554 ss.

Frame of Reference (DCFR)³⁴² e il libro I del codice europeo dei contratti³⁴³, a testimonianza dell'unificazione del diritto privato europeo. In realtà, oltre ai due suddetti risultati, ci sono anche altri tentativi concernenti l'unificazione che hanno contribuito ad essa attraverso l'affermazione di diversi principi o di regole relative ai contratti³⁴⁴.

Per quanto riguarda la nozione del contratto di servizio, come si è visto, una delle definizioni fondamentali contenute nel DCFR è che il prestatore di servizi si obbliga a rendere un servizio al committente, il quale può avvenire in cambio di un prezzo o meno in caso di specifici adattamenti. In particolare, la norma determina anche i vari tipi dei servizi: costruzione, lavorazione, deposito, progettazione, informazione o consulenza, e trattamento medico.

IV. C. – 1:101(Scope)

³⁴² La legge in riferimento al contratto di servizio è una versione modificata da The Principles of European Law on Service Contracts (PEL SC) redatto tra 1999 e 2006. Cfr. C. JANSEN, *Principles of European Law on Service Contracts: Background, Genesis, and Drafting Method*, in *Service Contracts*, a cura di R. ZIMMERMANN, Tübingen, 2010, p. 43.

³⁴³ La sua redazione è stata ultimata nell'estate del 1999 ed è dovuta all'Accademia dei Giuristi Europei con sede a Pavia, la redazione del codice europeo dei contratti è infatti chiamato anche il progetto pavese. Cfr. G. GANDOLFI, *Il progetto pavese di un codice europeo dei contratti*, in *Rivista del diritto civile*, XXXVII, 2001, p. 455.

³⁴⁴ Per esempio, L'UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) come tentativo di armonizzazione del diritto internazionale del commercio, in cui vi è il gruppo di lavoro competente in materia di appalti. Inoltre, i principi del UNIDROIT (*The International Institute for the Unification of Private Law*) come il prodotto risultato di un esperimento di codificazione dell'emergente regime giuridico sovranazionale delle transazioni internazionali. Inoltre, vi è la commissione di Lando che ha prodotto i Principi di Diritto Europeo dei Contratti (PECL) e il gruppo sul codice civile europeo. Cfr. P. MICHELA, *Unificazione del diritto privato europeo, del diritto dei contratti e concetto europeo di contratto*, in *Diritto civile e commerciale*, 2007, <https://www.diritto.it/unificazione-del-diritto-privato-europeo-del-diritto-dei-contratti-e-concetto-europeo-di-contratto/>, ed. online; D. DE RADA, *Diritto contrattuale europeo: iter di armonizzazione e unificazione dai progetti di codificazione alla giustizia elettronica*, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, VIII, 2018, p. 9 ss.

- (1) This Part of Book IV applies:
- (a) to contracts under which one party, the service provider, undertakes to supply a service to the other party, the client, in exchange for a price; and
 - (b) with appropriate adaptations, to contracts under which the service provider undertakes to supply a service to the client otherwise than in exchange for a price.
- (2) It applies in particular to contracts for construction, processing, storage, design, information or advice, and treatment.

Analogamente, il codice europeo dei contratti definisce il contratto di servizio come un contratto in cui il committente conferisce al cooperante l'incarico di eseguire un'opera, uno o più servizi anche di carattere continuativo o periodico, o prestazioni di natura intellettuale o manuale, in cambio del corrispettivo. Tuttavia, non sono precisati nel codice i tipi di servizi. In realtà, vi è anche un codice civile che definisce il contratto di servizio: il codice civile olandese del 1992 (*Burgerlijk wetboek*). L'art. 7:400 nel titolo 7.7 del Libro VII definisce il contratto di servizio come un contraente che si obbliga a prestare un'opera diversa in base al differente contratto di lavoro ³⁴⁵. L'opera esclude la costruzione materiale, la custodia di beni, la pubblicazione di un'opera o il trasporto di persone o beni.

Article 7:400 (Definition of 'service provision agreement')

1. A service provision agreement is the agreement under which one of the parties ('the service provider') has engaged himself towards the other party ('the client') to perform work on another basis than an employment agreement, which work consists of something else than the making of a tangible construction, the safekeeping of property, the publication of a work or the transportation of persons or goods.

2. The provisions of Articles 7:401 up to and including 7:412 apply to each type of service provision agreement, unless something else results from law, the content or nature of the agreement, another juridical act or usage (common practice) and without prejudice to Article 7:413.

³⁴⁵ Il titolo 7.7 *service provision agreement* è un tipo di contratto solo il Libro VII *particular agreement*, che comprende 5 tipi di servizi: *mandate, intermediary, commercial agency* e *medical treatment*.

Dalle diverse definizioni del contratto, si può desumere una figura generale del contratto di servizio, che da una parte si obbliga a prestare un lavoro e dall'altra richiede un corrispettivo. Tale lavoro viene fatto con l'autonomia della parte che presta e con l'obiettivo di realizzare l'ordine della parte che riceve la prestazione. Tuttavia, non c'è una categoria uniforme del contratto di servizio, anzi, vi è una divergenza tra le diverse leggi. Per esempio, la costruzione è considerata un 'servizio' nel DCFR, mentre nelle altre due leggi è esclusa dalla categoria del servizio. La ragione di tale fenomeno trova le sue basi nella diversa struttura della legge, in particolare, la diversa classificazione dei singoli contratti. Nel Libro IV del DCFR, i singoli contratti sono divisi nelle diverse categorie in cui l'appalto (costruzione materiale) e il deposito sono subcategorie del contratto di servizio, e il mandato insieme con il contratto di servizio sono i contratti nominati nel libro. Invece, nel codice civile olandese, solo il mandato è una subcategoria del contratto di servizio, lasciando il deposito e l'appalto esclusi e generando dei dubbi sulla classificazione, come osservato da Tjong Tjin Tai ³⁴⁶. Il codice europeo dei contratti, tuttavia, ha adottato un sistema più vicino al sistema di codice civile italiano. Pertanto il contratto di servizio si distingue non solo dal mandato, dal contratto di deposito e dal contratto di appalto, ma anche dalle prestazioni intellettuali o materiali delle professioni libere ³⁴⁷.

Si può concludere che il contratto di servizio sia una nuova categoria del contratto, che non esiste nei codici civili i quali seguono la tradizione romana. Il

³⁴⁶ Nella classificazione dei contratti, il contratto di lavoro, il deposito, l'appalto, la pubblicazione d'opera e il trasporto sono esclusi dal contratto di servizio. Tuttavia, è sorto il dubbio che tutti i suddetti contratti possano condividere le regole del contratto di servizio dunque evitare la duplicazione delle regole. Cfr. T.F.E. TJONG TJIN TAI, *Service Contracts in the Dutch Civil Code*, in *Service Contracts*, a cura di R. ZIMMERMANN, Tübingen, 2010, p. 173.

³⁴⁷ Si veda il Libro secondo del codice europeo dei contratti (art. 230-art. 328).

modello di contratto di servizio deriva dalla *locatio conductio operis*, per cui la struttura del contratto rispetta la sinallagmaticità — la prestazione dell'attività e il corrispettivo — che è condivisa dagli altri contratti tipici aventi ad oggetto la prestazione di un lavoro autonomo, come il contratto di appalto, di deposito, di mandato, ecc. Di conseguenza, i vari tipi di contratto di servizio differiscono in base alle diverse disposizioni delle leggi nazionali. Pertanto non sussiste un criterio unitario nella determinazione del contratto di servizio.

4.1.2 Il contratto di servizio nei codici civili europei

La discussione sul contratto di servizio nei paesi europei ha ottenuto ugualmente anche risultati rilevanti, anche se non è riscontrabile la suddetta unitarietà nei codici civili europei che hanno ereditato la tradizione romana del contratto.

La situazione del contratto di servizio in Francia potrebbe costituire un esempio da cui osservare lo stato corrente di tale contratto nei codici civili dei paesi europei ³⁴⁸. Il primo codice civile moderno, il codice civile francese ha recepito l'influenza dell'unificazione del diritto europeo all'inizio del ventesimo secolo, quando il codice civile francese era considerato inferiore al sistema legale europeo, e corrispondentemente, è sorta la riforma delle

³⁴⁸ Il contratto di servizio non è regolato nel codice civile francese, il codice prevede il lavoro autonomo nel contratto di locazione (il titolo VIII del Libro III), seguendo la tradizione romanistica di *locatio conductio*. Si veda l'art. 1711 del *code civil*, *Ces deux genres de louage se subdivisent encore en plusieurs espèces particulières: On appelle "bail à loyer", le louage des maisons et celui des meubles; "Bail à ferme", celui des héritages ruraux; "Loyer", le louage du travail ou du service; "Bail à cheptel", celui des animaux dont le profit se partage entre le propriétaire et celui à qui il les confie. Les devis, marché ou prix fait, pour l'entreprise d'un ouvrage moyennant un prix déterminé, sont aussi un louage, lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait. Ces trois dernières espèces ont des règles particulières.*

obbligazioni del diritto francese, stando alla valutazione di Michaels³⁴⁹. Di conseguenza, il contratto di servizio rappresenta anche una parte della riforma. Tuttavia, il codice civile francese, con l'insistenza del sistema dal codice napoleone, ammette solo il valore pedagogico e descrittivo, come affermato da Borghetti³⁵⁰. In particolare, da un lato, le varie categorie del contratto di servizio rendono difficile integrare le norme già esistenti dei singoli contratti. Da un altro lato, l'obbligazione di *facere* potrebbe essere una categoria che comprende tutti i cosiddetti contratti di servizio³⁵¹. Infatti, tale situazione del contratto di servizio in Francia relativa al codice civile non è unica per quanto riguarda l'assenza del contratto di servizio nei codici civili europei.

Inoltre, la classificazione dei contratti singoli aventi ad oggetto la prestazione di lavoro autonomo differisce nei codici civili europei, generando diverse nozioni di contratto di servizio. Diverso dal *code civil* — il *contrat d'entreprise* (modello *locatio conductio operis*) potrebbe essere un unico contratto che comprende i diversi servizi — il *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)³⁵², il *Schweizerische*

³⁴⁹ R. MICHAELS, *Code vs Code, Nationalist and internationalist images of the Code civil in the French resistance to a European Codification*, in *Journal of European tort law*, III, 2012, p. 280 ss.

³⁵⁰ J.S. BORGHETTI, *Service Contracts: The French Experience*, in *Service Contracts*, a cura di R. ZIMMERMANN, Tübingen, 2010, p. 107.

³⁵¹ J.S. BORGHETTI, *Service Contracts*, cit., p. 110 ss.

³⁵² Nel titolo VIII nel libro II del BGB comprende i diversi contratti aventi ad oggetto la prestazione di lavoro, dal capo VIII al capo X sono regolati il *Dienstvertrag* (contratto di servizio) e il contratto simile, *Werkvertrag* (il contratto di appalto) e il contratto simile, *Mäklervertrag* (il contratto di mediazione), il capo XII prevede l'*Auftrag* (il mandato), il *Geschäftsbesorgungsvertrag* (il contratto di gestione dell'affare) e il *Zahlungsdienste* (il contratto di pagamento), il capo XIV e il capo XV prevedono il *Verwahrung* (il deposito) e *Einbringung von Sachen bei Gastwirten* (il deposito di cose presso albergatori). Sembra che il BGB definisca il contratto di servizio - ossia il *Dienstvertrag*. Tuttavia tale contratto è dissimile con il contratto di servizio che discute nella tesi, in quanto esso è un tipo generale di tutti i contratti aventi ad oggetto il lavoro, sia il lavoro autonomo sia il lavoro subordinato. Di conseguenza, il BGB non ha il modello di contratto di servizio, ma definisce un contratto più generale del lavoro. Inoltre, vi è anche la traduzione del *Werkvertrag* come il

Obligationenrecht (OR)³⁵³, e l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB)³⁵⁴ distinguono i diversi singoli contratti aventi ad oggetto la prestazione di lavoro, per cui i servizi possono essere in vari contratti.

In particolare, il *Dienstvertrag* del § 611 nel BGB è un contratto con una sfera molto ampia, che può comprendere tutte le fattispecie di lavoro (§ 611 comma 2), inoltre, il lavoro regolato nel *Dienstvertrag* include sia il lavoro autonomo come *artes liberales* sia il lavoro subordinato, come affermato da Tescaro³⁵⁵. Nel frattempo, l'*Auftrag* oneroso ovvero l'*Entgeltliche Geschäftsbesorgung* (§ 675), potrebbe anche essere una fattispecie generale dei contratti in materia dei servizi (anche se ci sono dei dibattiti sull'autonomia nel contratto)³⁵⁶. Analogamente, il

contratto d'opera, cfr. *Codice civile tedesco, Bürgerliches Gesetzbuch*, Traduzione e presentazione a cura di S. PATTI, Milano, 2005, p. 451.

³⁵³ Analogamente, oltre al *Einzelarbeitsvertrag* che è il contratto di lavoro regolato nel titolo X del Libro II, OR prevede poi il *Verwahrung* (l'appalto) e il *Mäklervertrag* (la mediazione) nel titolo XI, l'*Auftrag* (il mandato) nel titolo XIII, *Frachtvertrag* nel titolo XVI, *Hinterlegungsvertrag* (il deposito) nel titolo XIX. Dunque, OR non definisce il contratto di servizio e i diversi servizi sono regolati nei contratti tipici.

³⁵⁴ Diverso dal BGB e OR, ABGB divide i contratti aventi ad oggetto il lavoro in due tipi di contratto, uno è l'*Auftrag* e il contratto simile con la gestione di affare regolato nel titolo XXII del Libro II, un altro è *Von Verträgen über Dienstleistungen* che comprende l'appalto e il contratto di servizio generale – simile con il *Dienstvertrag* nel BGB. Di conseguenza, ABGB non definisce il contratto di servizio per tutti la prestazione del lavoro autonomo, ma stabilisce un contratto di lavoro generale.

³⁵⁵ TESCARO, *Unitarietà*, cit., p. 37. Per quanto riguarda § 611 del BGB (*Typical contractual duties in a service contract*) (1) *Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.* (2) *Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein.*

³⁵⁶ Cfr. TESCARO, *Unitarietà*, cit., p. 48 ss. Si veda § 675 del BGB (*Entgeltliche Geschäftsbesorgung*) (1) *Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, finden, soweit in diesem Untertitel nichts Abweichendes bestimmt wird, die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung.* (2) *Wer einem anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis, einer unerlaubten Handlung oder einer sonstigen gesetzlichen Bestimmung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatz des aus der Befolgung des Rates oder der*

ABGB riassume il contratto di servizio includendo l'*Arbeitsverträge*, il *Dienstverträge* gratuito e il *Werkverträge* (il contratto di appalto)³⁵⁷. Infine, OR cerca di regolare il contratto di servizio con un sistema generico, dunque con una categoria generale del contratto. OR non ha seguito la tradizione romanistica relativa al mandato gratuito, e non ha distinto *Dienstverträge* e *Werkverträge*, diversamente dai codici civili menzionati, per cui l'*Auftrag* (il mandato) oneroso è diventato una categoria generale dei contratti di servizi (§ 394 comma 2), secondo quanto osservato da Kadner Graziano³⁵⁸.

Dunque, si può concludere che le diverse definizioni e classificazioni dei contratti di servizi rendano difficile definire un concetto unitario del contratto di servizio, specialmente allorché le diverse fattispecie producono anche diverse obbligazioni. Tuttavia, è sempre possibile disegnare un contratto quale categoria generale del contratto di servizio, come si è visto nel OR e anche nel codice civile olandese, dove, per di più, le obbligazioni del contratto di servizio nel DCFR costituiscono anche il riferimento secondario rispetto alle obbligazioni già regolate nei codici civili.

Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet. (3) Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, die Anmeldung oder Registrierung des anderen Teils zur Teilnahme an Gewinnspielen zu bewirken, die von einem Dritten durchgeführt werden, bedarf der Textform.

³⁵⁷ T. KADNER GRAZIANO, *Dienstleistungsverträge im Recht der Schweiz, Österreichs und Deutschlands im Vergleich mit den Regelungen des Draft Common Frame of Reference*, in *Service Contracts*, a cura di R. ZIMMERMANN, Tübingen, 2010, p. 61 ss.

³⁵⁸ KADNER GRAZIANO, *Dienstleistungsverträge*, cit., p. 61. Per quanto riguarda § 394 del BGB (*No set-off against an unpledgeable claim*) *To the extent that a claim is not subject to pledge, no set-off occurs against the claim. However, contributions owed may be set off against withdrawals to be made from health insurance funds, assistance funds or burial funds, in particular from miners' provident funds and funds of miners' providential societies.* Si veda la traduzione, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p2557

4.1.2 Esperienze e insegnamenti dal tentativo relativo alla costruzione del contratto di servizio nel diritto giapponese

L'embrione dell'evoluzione del contratto di servizio giapponese nasceva negli anni '60 ed il contratto di servizio è diventato uno degli argomenti importanti nelle ricerche di diritto privato negli anni '90.

Il motivo fondamentale degli sviluppi del contratto di servizio consiste nel fatto che i 13 modelli di contratti nei codici civili giapponesi, non corrispondano ai nuovi tipi di servizi necessari nella società moderna quotidiana. Nel codice civile, i contratti nominati sono divisi in 4 categorie: il contratto di trasferimento dei beni, il contratto di utilizzo delle cose, il contratto della prestazione di lavoro e gli altri contratti³⁵⁹. Nella terza categoria, il contratto di lavoro³⁶⁰, il contratto di appalto, il mandato e il deposito sono i quattro contratti tipici. Dunque, i contratti di servizi che non appartengono ai modelli sopradetti, sono considerati come 'quasi-mandato' nella giurisprudenza e sono regolati dalle norme del mandato³⁶¹. Inoltre, gli altri contratti di servizi possono applicare le regole delle leggi speciali, per esempio, *'Il diritto della transazione commerciale specifica'*

³⁵⁹ ZHOU JIANGHONG, *Le esperienze e lezioni nel fallimento della legislazione di contratto di servizio in Giappone*, in *Rivista dello Shanghai university of political science and law*, III, 2020, p. 60.

³⁶⁰ Il contratto di lavoro (雇用合同) regolato nell'art. 623 del codice civile giapponese si avvicina più al contratto d'opera che al contratto di lavoro nel codice civile italiano, dunque è un contratto parallelo al *Dienstvertrag* nel BGB. Secondo la definizione di contratto nell'art. 523 del codice civile giapponese, il lavoro non è limitato nel lavoro autonomo né nel lavoro subordinato ed il contratto non richiede un risultato finale. L'art. 624 prevede che il corrispettivo è pagato quando il lavoro è finito o è passato un periodo in base alla stipulazione del contratto. Tuttavia, vi è un dibattito intorno al lavoro autonomo e subordinato nel contratto, si veda TIAN SILU, JIA XIUFEN, *Studio del lavoro a contratto---la teoria e la pratica in Giappone*, Pechino, 2007, p. 64; XIE ZENGYI, *La codificazione del codice civile e le norme del contratto di lavoro*, in *China Legal Science*, IV, 2016, p. 98.

³⁶¹ Il quasi contratto è regolato nell'art. 656 del codice civile giapponese, il mandato nel diritto giapponese ha per oggetto gli atti giuridici, quindi l'art. 656 prevede che il mandato avente ad oggetto gli atti non giuridici applichi anche le regole del mandato.

(promulgato il 4 giugno 1901), *'Il diritto del contratto del consumatore'* (promulgato il 14 settembre 2019) e *'Il diritto dell'agenzia di viaggio'* (promulgato il 18 luglio 1952).

Tuttavia, il numero crescente di tipologie dei servizi rende sempre più difficile la regolamentazione dei contratti di servizi. I problemi sorgono non solo perché numerosi tipi di servizi sono considerati come quasi — mandato, ma anche perché molti contratti di servizio sono ritenuti come contratti atipici in quanto vi è discordanza tra le leggi speciali e il codice civile. Dunque, il contratto di servizio è uno degli argomenti centrali nella modificazione del diritto dell'obbligazione.

Art. 656 del c.c.g. (Quasi-mandato) Si applicano le norme in questo capo al mandato dell'affare che non è negozio giuridico.

Prima della modifica ufficiale organizzata dal governo nel 2010, vi erano due raggruppamenti di studiosi che svolgevano analisi sulla modificazione del diritto civile separatamente, come riportato da Zhan Dongsheng³⁶². Il primo gruppo fondato nel 2005 classifica i 13 contratti e costituisce la categoria del contratto di servizio in cui vi sono il contratto di lavoro, il contratto di appalto, il mandato e il deposito³⁶³. Invece, il secondo gruppo fondato nel 2006 elabora la categoria del contratto di servizio come un contratto sopra ordinato rispetto ai suddetti quattro contratti. Alla fine, il risultato della discussione di questo gruppo è stato pubblicato il 1° maggio 2009 — cioè la *'politica fondamentale della revisione del diritto dell'obbligazione'* — stabilisce il capitolo relativo al contratto di servizio³⁶⁴.

³⁶² ZHAN DONGSHENG, *La legislazione del contratto di servizio nella prospettiva della codificazione - le esperienze e l'imitazione del diritto giapponese*, in *Studies in Law and Business*, II, 2017, p. 125.

³⁶³ 参见日本民法改正研究会(加藤雅信)編:《民法改正 国民・法曹・学界有志案—仮案の提示》,《法律時報増刊》2009年版,第211页。

³⁶⁴ Si veda 民法(債権法)改正検討委員会詳解・債権法改正の基本方針V——各種の契約, Tokyo, 2010.

Quest'ultimo prevede la definizione, le obbligazioni del prestatore del lavoro, la generalità della regola del contratto di servizio, il diritto del corrispettivo e il recesso dal contratto di servizio ³⁶⁵.

Dal 2010 al 2013, la conferenza di revisione giuridica ha discusso a proposito del contratto di servizio ³⁶⁶. Il risultato raggiunto dopo la lunga discussione ha negato la proposta del diritto generale del contratto di servizio e la proposta della regola generale relativa alla sostituzione del quasi-mandato con il contratto di servizio. Alla fine, il '民法(債権関係)の改正に関する要綱案' — cioè la decisione finale relativa al contratto di servizio fatta dalla conferenza di revisione non ha adottato la nozione di contratto di servizio. Pertanto, il quasi-mandato regolato nell'art. 656 del codice civile giapponese è rimasto senza modifica ³⁶⁷.

Va rilevata la discussione sul quasi-mandato durante il processo di deliberazione della politica fondamentale. Gli obiettivi concernenti il contratto di servizio per essa sono tre: a) se fosse necessario stabilire un nuovo regolamento in relazione ai contratti di servizi che non appartengono ai contratti tipici; b) quali sarebbero i contenuti del regolamento se fosse necessario (per esempio, le obbligazioni del prestatore del lavoro e del committente, il corrispettivo, il diritto di recesso, il fallimento del committente, etc.); c) come si sistemerebbero i

³⁶⁵ ZHOU JIANGHONG, *Le esperienze*, cit., p. 61.

³⁶⁶ La discussione è divisa in tre fasi, per quanto riguarda i risultati di queste tre fasi, si veda registrazioni delle conferenze di revisione giuridica, 1) <https://www.moj.go.jp/content/000056016.pdf>, 2) <https://www.moj.go.jp/content/000108853.pdf>, 3) <https://www.moj.go.jp/content/001136445.pdf> : 民法(債権関係)の改正に関する検討事項(12) 詳細版 Questioni di revisioni relative al diritto civile (il rapporto obbligatorio) (12) la versione specifica, 民法(債権関係)の改正に関する中間試案 Progetto tentativo sulla revisione del diritto civile (il rapporto obbligatorio), 民法(債権関係)の改正に関する要綱案 Sintesi della revisione del diritto civile (il rapporto obbligatorio).

³⁶⁷ Cfr. <https://www.moj.go.jp/content/001136445.pdf> : 民法(債権関係)の改正に関する要綱案 Sintesi della revisione del diritto civile (il rapporto obbligatorio).

contratti di servizi se si stabilisse il nuovo regolamento ³⁶⁸. Purtroppo, il risultato finale della deliberazione mantiene lo stato corrente dell'art. 656 vista la difficoltà nello stabilire i principi e le regole generali del contratto, come riferito da Zhan Dongsheng ³⁶⁹.

In realtà, il tentativo operato dalla legislazione rispetto al contratto di servizio in Giappone riflette l'esigenza di un regolamento dei contratti aventi ad oggetto la prestazione del lavoro nel diritto civile. Come si è visto nei codici civili europei, diversi e numerosi tipi di servizi rispecchiano una mancanza di regolamento dei servizi nel diritto civile, anche se sta aumentando il numero delle leggi speciali. Tuttavia, sia il tentativo dell'unificazione del diritto privato europeo sia il tentativo operato in Giappone, mostrano una tendenza verso un regolamento flessibile per diverse tipologie di servizio nel diritto privato. Dunque, un esperimento ragionevole sarebbe l'esplicazione dei contratti tipici già regolati nei codici civili, designando il modello di contratto per l'applicazione ai contratti non regolati nei codici.

4.2 L'obbligazione generale nei contratti di servizi nel DCFR: comparazione con le obbligazioni nel contratto d'opera

La regolamentazione del contratto di servizio nel DCFR è un riferimento generale per lo studio delle obbligazioni contrattuali nel contratto di servizio. Come si è visto nella nozione del contratto di servizio fornita dal DCFR, la legge recente ha definito un contratto senza la limitazione di ripetizione derivata dagli altri contratti già esistenti nel diritto privato, i servizi regolati nella parte C del Libro IV sono quelli più comuni ma anche urgenti riguardo la regolamentazione.

³⁶⁸ ZHOU JIANGHONG, *Le esperienze*, cit., p. 62.

³⁶⁹ ZHAN DONGSHENG, *La legislazione*, cit., p. 127. L'art. 656 appunto afferma (Quasi-mandato) Si applicano le norme in questo capo al mandato dell'affare che non è negozio giuridico.

Dunque, le obbligazioni contrattuali nel DCFR sono quelle più tipiche e omogenee per quanto riguarda specialmente i servizi innominati.

Il capitolo II del Libro IV del DCFR prevede le norme generali del contratto di servizio in cui sono fissate anche le obbligazioni generali nel contratto di servizio. Tali obbligazioni ci potrebbero offrire un riferimento per l'obbligazione nei diversi contratti di servizi innominati.

L'obbligazione di cooperazione (IV. C-2:103) richiede al cliente di fornire le informazioni ³⁷⁰, istruzioni, autorizzazioni e licenze nel caso necessario e il prestatore di servizio deve fornire l'opportunità al committente di determinare se le obbligazioni siano adempiute. Tale cooperazione viene regolata anche nel contratto d'opera: il committente si obbliga ad accettare l'*opus* consegnato e l'obbligazione di spese e acconti (art. 2234). Però il contenuto della cooperazione in esame è molto più ampio di quello nel contratto d'opera manuale. In realtà, l'obbligazione di fornire le informazioni è regolata nel mandato (art. 1710 comma 2) ³⁷¹, conseguentemente si può ritenere da tale obbligazione presente nel mandato che l'obbligazione di cooperazione sia un'obbligazione inerente alla prestazione di servizio oneroso, in cui il servizio viene prestato per raggiungere il fine del committente.

L'obbligazione di professionalità corrisponde all'art. 2229 che determina l'esercizio delle professioni intellettuali con l'iscrizione in appositi albi o elenchi. Grazie ai requisiti dell'iscrizione, la professione intellettuale e l'attività

³⁷⁰ Riguardo le informazioni, vi è anche un'obbligazione di avvisare (IV. C-2:108), però tale obbligazione è anche un'obbligazione generale del contratto che viene regolata nel capo XIV del titolo II del Libro IV del codice civile italiano.

³⁷¹ Art. 1710 (Diligenza del mandatario) Il mandatario è tenuto a eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia; ma se il mandato è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore. Il mandatario è tenuto a rendere note al mandante le circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modificazione del mandato.

intellettuale sono individuate con un criterio sostanziale, come affermato da Musolino ³⁷². In ragione di ciò, la diligenza potrebbe anche essere individuata più specificamente secondo la tipologia della professione (IV. C-2:105 comma 3). Inoltre, il comma 4 e 5 del IV. C-2:103 specificano anche altri motivi decisivi per la valutazione della diligenza, che è descritta più generalmente nel codice civile italiano del 1942 (art. 1176 comma 2).

Alla fine, l'obbligazione di risultato nel DCFR non mette in risalto una distinzione tra due categorie dell'obbligazione, ovvero quella di risultato e di mezzi, al contrario, la regola intende fornire un riferimento per l'esplicazione del contratto nel caso relativo alla mancanza del risultato pattuito nel contratto. Come si è visto, ogni contratto richiede un risultato della prestazione, e il risultato può essere finale o anche parziale. Dunque tale risultato può essere considerato solo come un criterio generale dell'adempimento, mentre la valutazione dell'adempimento del contratto da parte del prestatore viene considerata non solo dal raggiungimento del risultato, ma anche dalla conseguibilità del risultato, dell'utilità del risultato parziale, e dalle condizioni stabilite nel contratto etc.

4.3 La specialità delle obbligazioni dei contratti di servizio tipici nel Libro IV del c.c.i.: comparazione con le obbligazioni nel contratto d'opera

Il contratto d'opera nel codice civile italiano potrebbe essere un modello ideale per la regolamentazione del contratto che stabilisce le obbligazioni generali dei contraenti, rispetto ad altri codici civili europei. Tuttavia, relativamente al contratto d'opera, essendo il modello generale, le norme devono essere anche applicabili per i diversi servizi regolati nel Libro IV. Dunque, bisogna comparare le obbligazioni generali con le obbligazioni speciali contenute nel Libro IV. A

³⁷² Cfr. MUSOLINO, *Contratto*, cit., p. 5.

seconda delle diverse tipologie del contratto di servizio nel Libro IV, i servizi si possono dividere in tre tipi considerando la specialità delle regole.

4.2.1 La specialità del servizio materiale: la distinzione tra il contratto di appalto e d'opera

Un servizio materiale tipico nel Libro IV è l'appalto che origina dalla *locatio conductio operis*. Come si è visto nell'analisi sull'obbligazione del prestatore d'opera, quest'ultima non è dissimile da quella dell'appaltatore. Infatti, la distinzione tra i due contratti dipende solitamente dall'identità del prestatore di lavoro.

L'idea comune della distinzione è che l'appaltatore sia un imprenditore il quale esegue il lavoro grazie ai lavoratori subordinati, invece il prestatore d'opera sia un lavoratore di una piccola impresa che adempie il contratto con il lavoro proprio o con l'ausilio della famiglia, come messo in evidenza in letteratura ³⁷³. Tuttavia, tale distinzione non riguarda la natura della prestazione, dunque essa non sussiste sotto l'aspetto della disciplina ³⁷⁴. Di conseguenza, nelle opere più recenti, tale distinzione è stata svincolata discutendo anche di come la prestazione dell'appaltatore possa ricevere il contributo dal lavoro proprio o dai suoi familiari, essendo però l'appaltatore una organizzazione o una impresa ³⁷⁵. Inoltre, nel diritto pratico elaborato dalla giurisprudenza, la distinzione tra

³⁷³ SANTORO-PASARELLI, *Opera*, cit., p. 985; M. DELLACASA, *L'appalto: lineamenti del tipo e disciplina applicabile*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2014, p. 19 ss.; TESCARO, *Unitarietà*, cit., p. 61; MOSCARINI, *Il contratto di appalto*, cit., p. 16.

³⁷⁴ Si identifica in entrambi i casi con il compimento di un'opera o con la prestazione di un servizio, cfr. DELLACASA, *L'appalto*, cit., p. 19.

³⁷⁵ MOSCARINI, *Il contratto*, cit., p. 16; A.M. BENEDETTI, *L'appalto: marcatori causali e caratteristiche strutturali*, in *L'appalto pubblico e privato*, a cura di V. DI GREGORIO, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, Torino, 2013, p. 13; A.F. FONDRIESCHI, *L'appalto d'opera*, in *I contratti per l'impresa*, I, a cura di G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI, Bologna, 2012, p. 141.

l'identità dell'appaltatore e del prestatore d'opera è stata messa in dubbio. Da un lato, vi è una tendenza a svalutare il requisito dell'organizzazione di mezzi necessari, da l'altro lato, l'oggetto del contratto d'opera via via si allarga, per cui gli oggetti del contratto d'opera comprendono anche quelli di appalto, come evidenziato da Dellacasa ³⁷⁶.

Tuttavia, tale distinzione non è un'ipotesi che può essere trascurata, anzi siffatta differenziazione dovrebbe essere descritta in un modo più specifico. Vale a dire, la diversa identità esteriore non è rappresentata dalla distinzione esatta tra due contratti, ma la vera differenza si manifesta nell'organizzazione durante l'esecuzione: l'esecuzione del prestatore o dell'appaltatore possono entrambe essere prestate dal lavoro proprio dell'assuntore o dalla famiglia. Tuttavia, la prevalenza di tale tipo di lavoro nell'esecuzione intera determina il modello della prestazione ³⁷⁷, in quanto il proprio rischio (art. 1655) definisce la dimensione dell'impresa a cui appartiene l'appaltatore e sia più grande di quella a cui appartiene il prestatore d'opera, secondo quanto rilevato da Moscarini e Dellacasa ³⁷⁸.

³⁷⁶ I contratti di appalto non sono solo i contratti conclusi da soggetti dotati di mezzi modesti, ma anche i contratti conclusi da soggetti che si avvalgono di dipendenti specializzati. Per il riassunto di tali casi, si veda DELLACASA, *L'appalto*, cit., p. 23.

³⁷⁷ Ad esempio, per aversi appalto, è sufficiente che l'esecuzione della prestazione caratteristica richieda l'impiego di un'organizzazione complessa, non essendo esclusivo o prevalente sugli altri fattori produttivi il lavoro del debitore. Cfr. DELLACASA, *L'appalto*, cit., p. 26.

³⁷⁸ Per tale considerazione, infatti, si veda anche MOSCARINI, *Il contratto*, cit., p. 16; DELLACASA, *L'appalto*, cit., p. 26.

4.2.2 La specialità del servizio intellettuale: la peculiarità dell'attività di gestione rispetto all'attività intellettuale generale

Per quanto riguarda il servizio intellettuale contenuto nel Libro IV, il mandato è uno dei tipici servizi che è conforme alla figura del contratto di servizio. Diversamente dal *mandatum* romano e anche dal codice civile del 1865, il mandato nel codice civile italiano del 1942 è un contratto oneroso, per cui la sinallagmaticità del mandato svincola la distinzione fondamentale tra la *locatio conductio operis* e il *mandatum*, cioè l'onerosità del contratto. Di conseguenza, il mandato corrisponde anche allo schema locativo della *locatio conductio operis* ed è, inoltre, considerato spesso un modello tipico della categoria di contratto di servizio. A prescindere da tutte le somiglianze tra le obbligazioni nel mandato e d'opera intellettuale³⁷⁹, vanno rilevate delle peculiarità del mandato, ovvero la specialità della cooperazione nell'altrui attività giuridica rispetto alla prestazione d'opera intellettuale generale, come evidenziato da Di Rossa³⁸⁰.

Innanzitutto, l'obbligazione del mandatario è più specifica e anche più adeguata alla natura del mandato rispetto alla prestazione intellettuale generale. In particolare, le obbligazioni specifiche del mandatario derivano dalla speciale diligenza del mandatario. Come si è visto, la diligenza del professionista intellettuale non è la diligenza del buon padre di famiglia regolata nell'art. 1176

³⁷⁹ Come l'obbligo di cooperazione del committente (mandante), l'obbligo del committente di anticipazione delle spese, la discrezionalità dell'esecuzione e la diligenza speciale del prestatore(mandatario).

³⁸⁰ Per l'espressione 'cooperazione', bisogna osservare il rapporto tra tale espressione e 'negozio gestionale'. La considerazione che distingue i due termini afferma che questo primo si riferisce al rapporto tra sfere giuridiche soggettive differisce da quest'ultimo che indica, con il termine più tecnico, il rapporto in virtù del quale un soggetto agisce per conto di un altro, per esempio, l'attività di investimento. Cfr. G. DI ROSSA, *Attività di gestione e contratti di mandato*, in *Contratto e impresa*, I, 2012, p. 289-310.

comma 1 né quello nel comma 2 ³⁸¹, ma l'art. 2236 può offrire più indicazioni per individuare l'ambito di applicazione, come rilevato da Cester e Mattarolo ³⁸². In merito, l'obbligo di rendiconto (art. 1713) ³⁸³ del mandatario deriva da una diligenza specifica dell'attività giuridica nell'interesse del mandante, secondo quanto affermato da Di Rossa e Musolino ³⁸⁴. Analogamente, l'obbligo del mandatario di corrispondere gli interessi legali al mandante, di comunicare al mandante rispetto a quanto eseguito, di provvedere alla custodia delle cose del mandante e tutelare i diritti di quest'ultimo vengono esplicitati tutti nella diligenza della prestazione del mandatario.

Poi, è anche necessario rilevare il rischio contrattuale quale configurato nel mandato. Secondo la regola della ripartizione del rischio nel contratto d'opera intellettuale ³⁸⁵, come si è visto e sostenuto da Di Rossa, l'accollo del rischio sul prestatore deriva da una valutazione della diligenza. La ripartizione del rischio nel mandato non è dissimile: grazie all'oggetto speciale del mandato. La ripartizione del rischio contrattuale dipende dalle diverse tipologie di mandato, e il rischio dell'attività gestoria non è a carico totalmente di una delle due parti.

³⁸¹ Si veda il comma 1 dell'art. 1176 (Diligenza nell'adempimento) Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.

³⁸² Cfr. CESTER, MATTAROLO, *Diligenza*, cit., p. 114.

³⁸³ Per quanto riguarda l'art. 1713 (Obbligo di rendiconto) Il mandatario deve rendere al mandante il conto del suo operato e rimmettergli tutto ciò che ha ricevuto a causa del mandato. La dispensa preventiva dall'obbligo di rendiconto non ha effetto nei casi in cui il mandatario deve rispondere per dolo o per colpa grave.

³⁸⁴ Per la diligenza e gli obblighi di informazione, si veda G. DI ROSSA, *Il mandato*, in *Il codice civile commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2017, p. 17 ss. Un'altra ragione di tale obbligo, secondo Musolino, viene dal fatto che lo svolgimento dell'opera nell'interesse del mandante introduce interposizione della prestazione del mandatario, cfr. MUSOLINO, *contratto*, cit., p. 161. Però tale considerazione non è in contrasto con la diligenza del mandatario, anzi la prima è proprio la fonte della diligenza professionale del mandatario sotto l'aspetto dell'obbligazione di mandatario.

³⁸⁵ Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave.

Al contrario, la ripartizione del rischio è decisa con particolare riferimento ai rapporti tra aleatorietà giuridica dell'attività gestoria e fallimento economico dei relativi risultati a motivo dell'ingiustificato azzardo del mandatario³⁸⁶. Di conseguenza, si può ritenere che la decisione rispetto all'attribuzione del rischio ci riconduca al problema della diligenza nell'inadempimento, ovvero al fatto se il contraente sia imputabile del mancato adempimento³⁸⁷. In tal caso, infatti, vanno applicate anche le norme di diligenza e del rischio riguardante l'opera intellettuale nel mandato, con la priorità quindi conferita alle regole del mandato.

4.2.3 (segue) Il servizio legale: l'obbligazione dell'avvocato

Nel suddetto contesto vanno collocati anche i servizi legali, sia per il carattere tipico dell'oggetto del mandato (attività giuridica), come evidenziato da Bavetta³⁸⁸, sia per la natura del servizio intellettuale del mandatario.

Un elemento essenziale allo scopo di definire l'obbligazione dell'avvocato, così come l'obbligazione del medico, è l'individuazione dell'obbligazione di mezzi o di risultato. Come si è visto, la tendenza al superamento delle due categorie di obbligazione incide su diverse tipologie di servizi. In riferimento al servizio legale dell'avvocato, l'art. 13 della legge di riforma (legge 247/2012) prevede una libertà delle parti di pattuire l'obbligazione dell'avvocato, sia di mezzi sia di risultati conseguibili, secondo quanto evidenziato da De Matteis³⁸⁹. Inoltre,

³⁸⁶ In particolare, si veda DI ROSSA, *Il mandato*, p. 10.

³⁸⁷ Per la valutazione della diligenza, si veda DI ROSSA, *Il mandato*, p. 10 ss.

³⁸⁸ G. BAVETTA, *Mandato (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano, 1975, p. 323.

³⁸⁹ Cfr. DE MATTEIS, *La responsabilità*, cit., p. 701. Per quanto riguarda l'art. 13 della legge di riforma, (Conferimento dell'incarico e compenso) 1. L'avvocato può esercitare l'incarico professionale anche a proprio favore. L'incarico può essere svolto a titolo gratuito. 2. Il compenso spettante al professionista è pattuito di regola per iscritto all'atto del conferimento dell'incarico professionale. 3. La pattuizione dei compensi è libera: è ammessa la pattuizione a tempo, in misura forfetaria, per convenzione avente ad

come tutte le obbligazioni nel contratto di servizio intellettuale, la diligenza dell'avvocato è anche la sua obbligazione fondamentale, e la valutazione della quale dipende dal livello di complessità dell'incarico ³⁹⁰, dalla tutela l'affidamento della clientela, dalla missione dell'avvocato ³⁹¹, etc.

oggetto uno o più affari, in base all'assolvimento e ai tempi di erogazione della prestazione, per singole fasi o prestazioni o per l'intera attività, a percentuale sul valore dell'affare o su quanto si prevede possa giovare, non soltanto a livello strettamente patrimoniale, il destinatario della prestazione. 4. Sono vietati i patti con i quali l'avvocato percepisca come compenso in tutto o in parte una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa. 5. Il professionista è tenuto, nel rispetto del principio di trasparenza, a rendere noto al cliente il livello della complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento alla conclusione dell'incarico; è altresì tenuto a comunicare in forma scritta a colui che conferisce l'incarico professionale la prevedibile misura del costo della prestazione, distinguendo fra oneri, spese, anche forfetarie, e compenso professionale. 6. I parametri indicati nel decreto emanato dal Ministro della giustizia, su proposta del CNF, ogni due anni, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, si applicano quando all'atto dell'incarico o successivamente il compenso non sia stato determinato in forma scritta, in ogni caso di mancata determinazione consensuale, in caso di liquidazione giudiziale dei compensi e nei casi in cui la prestazione professionale è resa nell'interesse di terzi o per prestazioni officiose previste dalla legge. 7. I parametri sono formulati in modo da favorire la trasparenza nella determinazione dei compensi dovuti per le prestazioni professionali e l'unitarietà e la semplicità nella determinazione dei compensi. 8. Quando una controversia oggetto di procedimento giudiziale o arbitrale viene definita mediante accordi presi in qualsiasi forma, le parti sono solidalmente tenute al pagamento dei compensi e dei rimborsi delle spese a tutti gli avvocati costituiti che hanno prestato la loro attività professionale negli ultimi tre anni e che risultino ancora creditori, salvo espressa rinuncia al beneficio della solidarietà. 9. In mancanza di accordo tra avvocato e cliente, ciascuno di essi può rivolgersi al consiglio dell'ordine affinché esperisca un tentativo di conciliazione. In mancanza di accordo il consiglio, su richiesta dell'iscritto, può rilasciare un parere sulla congruità della pretesa dell'avvocato in relazione all'opera prestata. 10. Oltre al compenso per la prestazione professionale, all'avvocato è dovuta, sia dal cliente in caso di determinazione contrattuale, sia in sede di liquidazione giudiziale, oltre al rimborso delle spese effettivamente sostenute e di tutti gli oneri e contributi eventualmente anticipati nell'interesse del cliente, una somma per il rimborso delle spese forfetarie, la cui misura massima è determinata dal decreto di cui al comma 6, unitamente ai criteri di determinazione e documentazione delle spese vive.

³⁹⁰ DE MATTEIS, *La responsabilità*, cit., p. 701.

³⁹¹ La missione dell'avvocato viene regolata nell'art. 1.1 nel codice di deontologia degli avvocati europei, in particolare, si veda MUSOLINO, *Contratto*, cit., p. 24.

4.2.4 Altri servizi tipici

Nella categoria di altri servizi tipici vanno collocati tutti i contratti aventi ad oggetto un *facere* nel Libro IV, anche se vi sono divergenze sulle categorie dei contratti di servizi in base alla diversa classificazione del contratto nei paesi europei, come osservato da von Bar e Clive ³⁹².

Innanzitutto, il contratto di trasporto deriva anche dalla *locatio conductio operis*, dunque condivide anche lo schema locativo. Inoltre, il trasporto di solito è considerato come un'attività imprenditoriale ed è dunque analogo all'attività di appalto, stando alla riflessione di Santoro-Passarelli ³⁹³. Tuttavia, grazie alla tipicità del trasporto rispetto all'attività manuale generale, il vettore si obbliga a raggiungere un certo risultato, cioè lo spostamento delle cose o delle persone, e tale differenza richiede anche obbligazioni specifiche del vettore stesso ³⁹⁴. Le

³⁹² In particolare, per le diverse classificazioni dei contratti aventi ad oggetto il lavoro autonomo, si veda C. VON BAR, E. CLIVE, *Principles, definitions and model rules of european private law: draft common frame of reference (DCFR)*, IV, Cambridge, 2010.

³⁹³ SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 985. Per quanto riguarda la definizione del contratto di trasporto, art. 1678 (Nozione) Col contratto di trasporto il vettore si obbliga, verso corrispettivo, a trasferire persone o cose da un luogo a un altro.

³⁹⁴ Per esempio, la custodia dei beni, la richiesta di istruzioni al mittente etc., cfr. DELLACASA, *L'appalto*, cit., p. 104. Sulle obbligazioni specifiche, si veda Art. 1679. (Pubblici servizi di linea) Coloro che per concessione amministrativa esercitano servizi di linea per il trasporto di persone o di cose sono obbligati ad accettare le richieste di trasporto che siano compatibili con i mezzi ordinari dell'impresa, secondo le condizioni generali stabilite o autorizzate nell'atto di concessione e rese note al pubblico. I trasporti devono eseguirsi secondo l'ordine delle richieste; in caso di più richieste simultanee, deve essere preferita quella di percorso maggiore. Se le condizioni generali ammettono speciali concessioni, il vettore è obbligato ad applicarle a parità di condizioni a chiunque ne faccia richiesta. Salve le speciali concessioni ammesse dalle condizioni generali, qualunque deroga alle medesime è nulla, e alla clausola difforme è sostituita la norma delle condizioni generali. Art. 1687 (Riconsegna delle merci) Il vettore deve mettere le cose trasportate a disposizione del destinatario nel luogo, nel termine e con le modalità indicati dal contratto o, in mancanza, dagli usi. Se la riconsegna non deve eseguirsi presso il destinatario, il vettore deve dargli prontamente

obbligazioni del servizio di trasporto applicano in primo luogo le norme specifiche del contratto di trasporto, tuttavia le norme del contratto d'opera svolgono il ruolo di un principio di *genus* rispetto alla *species* del trasporto ³⁹⁵: l'art. 2225 può essere applicabile nel caso di mancanza dell'accordo sul corrispettivo, e il vettore può anche avvalersi di un operatore per realizzare il risultato (art. 2232) ³⁹⁶; riguardo il rischio contrattuale, l'art. 1686 si avvicina oltretutto all'art. 2228 ³⁹⁷.

Il contratto di agenzia e di mediazione sono entrambi contratti in cui una parte svolge un'attività per l'interesse dell'altra, attraverso la conclusione di contratti tra quest'ultima e una parte terza ³⁹⁸. Però, il contratto di agenzia differisce dalla mediazione, da un lato per la natura della prestazione, come evidenziato da Scarso ³⁹⁹, da un altro lato per il risultato assunto nel contratto, secondo quanto

avviso dell'arrivo delle cose trasportate. Se dal mittente è stata rilasciata una lettera di vettura, il vettore deve esibirla al destinatario.

³⁹⁵ Per tale considerazione, si veda anche SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 985.

³⁹⁶ In questo caso, il rapporto tra il vettore e l'operatore può costituire un rapporto di appalto, e il vettore assume il danno del mittente causato dall'operatore. Cfr. DELLACASA, *L'appalto*, cit., p. 107.

³⁹⁷ La legge non conferisce il rischio di impossibilità dell'inadempimento al mittente o al committente. Quest'ultimo paga il compenso in base alla utilità della parte dell'opera compiuta. Cfr. TESCARO, *Unitarietà*, cit., p. 182.

³⁹⁸ Per le nozioni dei due contratti, si veda l'art. 1742 (Nozione) Col contratto di agenzia una parte assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata. Il contratto deve essere provato per iscritto. Ciascuna parte ha diritto di ottenere dall'altra un documento della stessa sottoscritto che riproduca il contenuto del contratto e delle clausole aggiuntive. Tale diritto è irrinunciabile. Anche l'art. 1754 (Mediatore) È mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza.

³⁹⁹ L'incarico di mediazione riguarda un singolo affare, mentre l'incarico di agenzia riguarda un numero indefinito di prestazione della stessa specie da svolgere in una determinata zona. Tale differenza può creare una distinzione sul compenso tra il mediatore e l'agente, si veda appunto A. P. SCARSO, *La mediazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2014, p. 911.

rilevato da Santoro-Passarelli ⁴⁰⁰. Con tutto ciò, la regola del contratto d'opera è applicabile in via analoga al contratto d'agenzia, specialmente in materia di corrispettivo ⁴⁰¹, però bisogna tenere conto della prevalenza dell'art. 1748 ⁴⁰².

Invece in ordine alla mediazione, vi è una divergenza rispetto alla somiglianza tra la mediazione e il contratto d'opera. Come si è visto subito prima, la compatibilità tra l'oggetto della mediazione e il contratto d'opera permette un'applicazione analoga tra due contratti, solo se l'attività della mediazione sia

⁴⁰⁰ Nell contratto di agenzia, il risultato della conclusione del contratto tra il preponente e la parte terza, non è un risultato del lavoro dell'agente, ma è un risultato di evento ulteriore estraneo all'attività del mediatore, dunque non può costituire l'oggetto del contratto d'opera che è compatibile con l'oggetto della mediazione. Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 986.

⁴⁰¹ Per tale conclusione, si veda PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 271; TESCARO, *Unitarietà*, cit., 184.

⁴⁰² L'applicazione in via analoga del contratto d'opera nel contratto d'agenzia viene affermata anche da L. CARRARO, *La mediazione*, Padova, 1960, p. 97; SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 986. Per quanto riguarda il corrispettivo, cioè la provvigione per l'agente, art. 1748 (Diritti dell'agente) Per tutti gli affari conclusi durante il contratto l'agente ha diritto alla provvigione quando l'operazione è stata conclusa per effetto del suo intervento. La provvigione è dovuta anche per gli affari conclusi dal preponente con terzi che l'agente aveva in precedenza acquisito come clienti per affari dello stesso tipo o appartenenti alla zona o alla categoria o gruppo di clienti riservati all'agente, salvo che sia diversamente pattuito. L'agente ha diritto alla provvigione sugli affari conclusi dopo la data di scioglimento del contratto se la proposta è pervenuta al preponente o all'agente in data antecedente o gli affari sono conclusi entro un termine ragionevole dalla data di scioglimento del contratto e la conclusione è da ricondurre prevalentemente all'attività da lui svolta; in tali casi la provvigione è dovuta solo all'agente precedente, salvo che da specifiche circostanze risulti equo ripartire la provvigione tra gli agenti intervenuti. Salvo che sia diversamente pattuito, la provvigione spetta all'agente dal momento e nella misura in cui il preponente ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la prestazione in base al contratto concluso con il terzo. La provvigione spetta all'agente, al più tardi, inderogabilmente dal momento e nella misura in cui il terzo ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la prestazione qualora il preponente avesse eseguito la prestazione a suo carico. Se il preponente e il terzo si accordano per non dare, in tutto o in parte, esecuzione al contratto, l'agente ha diritto, per la parte ineseguita, ad una provvigione ridotta nella misura determinata dagli usi o, in mancanza, dal giudice secondo equità. L'agente è tenuto a restituire le provvigioni riscosse solo nella ipotesi e nella misura in cui sia certo che il contratto tra il terzo e il preponente non avrà esecuzione per cause non imputabili al preponente. È nullo ogni patto più sfavorevole all'agente. L'agente non ha diritto al rimborso delle spese di agenzia.

dedotta nel contratto in posizione sinallagmatica rispetto alla retribuzione, indipendentemente dal risultato ulteriore della conclusione dell'affare', come affermato da Santoro-Passarelli⁴⁰³. Tuttavia, una opinione contrapposta sostiene che la mediazione tipica non sia riconducibile alla nozione di lavoro autonomo⁴⁰⁴. Secondo un sinallagma tra l'attività lavorativa e il corrispettivo, la mediazione non sarebbe estranea a tale struttura in quanto il mediatore riceve il compenso dalla sua attività, solo che tale attività richiede un certo risultato, ovvero la conclusione del contratto. Inoltre, il mediatore agisce indipendentemente e automaticamente⁴⁰⁵. Dunque nella mediazione è applicabile la regola del corrispettivo del contratto d'opera (art. 2225 e art. 2233).

Per quanto riguarda il deposito, va rilevato il deposito oneroso in cui sussiste il sinallagma tra il servizio e il corrispettivo. Il deposito presente nel codice civile italiano del 1942 è considerato gratuito se non sia pattuito contrariamente. Tale caratteristica lo distingue dai contratti di scambio, cioè dal contratto d'opera. Considerando dunque il sinallagma dei contratti di servizi, verrà esaminato in seguito il deposito oneroso⁴⁰⁶. La sua prima compatibilità sarebbe la diligenza del depositario che diversamente dalla diligenza nel deposito gratuito, richiede una diligenza professionale e non la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176 comma 2). Di conseguenza, le obbligazioni del depositario derivano anche dalla diligenza necessaria durante la detenzione delle cose. Dunque, vi è anche

⁴⁰³ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 986; CARRARO, *La mediazione*, cit., p. 92.

⁴⁰⁴ TESCARO, *Unitarietà*, cit., p. 185; GIACOBBE, GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 185.

⁴⁰⁵ Cfr. SCARSO, *La mediazione*, cit., p. 906. Il deposito può essere anche oneroso, si veda l'art. 1767 (Presunzione di gratuità) Il deposito si presume gratuito, salvo che dalla qualità professionale del depositario o da altre circostanze si debba desumere una diversa volontà delle parti.

⁴⁰⁶ Il deposito oneroso include il deposito in generale, il deposito in albergo e il deposito nei magazzini.

la possibilità di applicazione della regola nell'ambito del contatto d'opera e del deposito oneroso ⁴⁰⁷.

5. Il rapporto tra il contratto di servizio e il contratto di lavoro nel codice civile italiano del 1942

Il Libro V *Del lavoro* costituisce un'evoluzione rispetto ad altri codici civili europei, non solo per la peculiarità di collocare il lavoro nel codice civile, ma anche per l'estensione del concetto relativo al termine. Infatti, il lavoro nel Libro V comprende tutti i tipi di lavoro, regolando il lavoratore dall'imprenditore al prestatore d'opera (e intellettuale), dai collaboratori dell'imprenditore ai lavoratori subordinati in particolari rapporti. Inoltre, il Libro V prevede anche i rapporti giuridici che solitamente sono regolati dal diritto commerciale, come le società, le imprese cooperative, l'azienda, il diritto della proprietà intellettuale. Dunque, le norme relative al lavoro nel Libro V riguardano un ambito di applicazione molto ampio.

Di conseguenza, viene rilevato il rapporto tra il lavoro autonomo, ovvero il lavoro nei contratti di servizi (e contratto d'opera), e il lavoro subordinato.

5.1 Il lavoro subordinato e il contratto di lavoro

Il lavoro subordinato, come oggetto del contratto di lavoro, deriva dal modello *locatio conductio operarum* ed è sempre al centro delle elaborazioni concernenti il diritto del lavoro, benché vi sia la tendenza dell'assimilazione del lavoro

⁴⁰⁷ Per tale conclusione, si veda TESCARO, *Unitarietà*, cit., p. 192; A. DALMARTELLO, G.B. PORTALE, *Deposito (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, p. 250; SANTORO-PASSARELLI, *Opera*, cit., p. 986.

subordinato e lavoro autonomo ⁴⁰⁸ e sussista una confusione tra questi due tipi di lavoro nel codice civile ⁴⁰⁹.

Nel codice civile del 1942, il lavoro subordinato è un risultato legislativo del contributo di Lodovico Barassi ⁴¹⁰. Il codice da un lato tende di proteggere i diritti dei lavoratori, dall'altro lato tenta anche di rispettare l'obbligazione generale di un contratto, ovvero il codice conferisce il diritto di recedere dal contratto a entrambi contraenti (art. 2118) ⁴¹¹. Tuttavia, tale disegno in cui il codice vuole rispettare sia la natura sociale del diritto di lavoro sia il carattere individuale del contratto, potrebbe arrecare una contraddizione nell'applicazione della regola.

⁴⁰⁸ La tendenza di allargare l'oggetto del diritto del lavoro, in cui il lavoro comprende non solo il lavoro subordinato, ma anche il lavoro autonomo. Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, Milano, 2000, p. 28 n. 31; Per di più, per le voci dell'assimilazione del lavoro subordinato e lavoro autonomo, si veda M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, LXXIX, 1998, p. 509-565; G. FERRARO, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, LXXIX, 1998, p. 429-507.

⁴⁰⁹ La confusione tra due tipi di lavoro non è un fenomeno solo del codice civile italiano, si veda G. CAVALIER, R. UPEX, *The concept of employment contract in european union private law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, LV, 2006, p. 587-608. Tuttavia, nella teoria italiana della subordinazione, vi sono notevoli contributi, cfr. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 182; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Napoli, 1967; G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979; M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione: poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985; M.V. BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lavoro e diritto*, LD, 1987; G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro autonomo*, in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, 1990; A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Milano, 2004, p. 11 ss.; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del Lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2019.

⁴¹⁰ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901.

⁴¹¹ R. SCOGNAMIGLIO, *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, 2007, p. 384. Si veda l'art. 2118 (Recesso dal contratto a tempo indeterminato) Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti dagli usi o secondo equità. In mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso. La stessa indennità è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro.

Dunque, per il lavoro nel codice civile, in particolare per il contratto di lavoro, è sorta la considerazione dell'accontrattualismo del lavoro subordinato, come osservato da Scognamiglio ⁴¹² e, di conseguenza, è stata proposta quale risoluzione la separazione tra i principi privatistici e quelli pubblicistici nell'ambito del contratto di lavoro.

Infatti, come si è visto, la tendenza di allargare l'oggetto del diritto del lavoro deriva innanzitutto dalle critiche avanzate dal pensiero di Barassi in cui la protezione sociale del lavoro sarebbe fondata sul lavoro subordinato ⁴¹³. Sono proprio le suddette critiche che ci introducono alla riforma del diritto di lavoro, cioè la seconda fase del nuovo diritto di lavoro. La nuova idea del diritto tende ad unificare il principio fondamentale del diritto del lavoro, cioè la tutela degli interessi privati e individuali e l'effetto dell'ordine pubblico ⁴¹⁴, ossia di unire la natura patrimoniale e personale ⁴¹⁵ tenendo conto della distinzione tra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo ⁴¹⁶.

Qualche anno dopo la promulgazione del Codice civile del 1942, la costituzione italiana definisce la figura del diritto di lavoro come diritto fondamentale e l'art.1

⁴¹² SCOGNAMIGLIO, *La natura*, cit., p. 379-425.

⁴¹³ Un rilevante studio storico-critico sulla subordinazione che ha iniziato le nuove prospettive di studio ed analisi relative al diritto di lavoro è di Luciano Spagnuolo Vigorita, si veda O. MAZZOTTA, *Caro Marcello, a Pisa discutevamo di...*, in *Risistemare il diritto di lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, a cura di L. NOGLER, L. CORAZZA, Milano, 2012, p. 65-66.

⁴¹⁴ SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni*, cit., p. 19; ID, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Saggio di diritto civile*, a cura dello stesso SANTORO-PASSARELLI, Napoli, 1961, p. 1071 ss.

⁴¹⁵ Cfr. L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della CECA*, Lussemburgo, 1965, p. 418 ss.

⁴¹⁶ SCOGNAMIGLIO, *La natura*, cit., p. 385.

afferma che la Repubblica è fondata sul lavoro ⁴¹⁷. Nel contesto dell'art. 35 ⁴¹⁸ e seguenti della costituzione, il concetto di lavoro subordinato assume rilievo quale oggetto di una prestazione contrattuale in cambio di un corrispettivo o di un reddito di partecipazione ⁴¹⁹. Tuttavia, si è manifestata anche una divergenza in letteratura sulla natura del lavoro regolato nell'art. 35, relativa al fatto se comprenda anche il lavoro autonomo ⁴²⁰. Dunque, per comprendere la divergenza suddetta occorre esaminare la distinzione tra i due tipi di lavoro. Tale distinzione costituisce anche la valida premessa del rapporto tra il contratto di servizio e il contratto di lavoro.

5.2 La distinzione tra il lavoro autonomo e il lavoro subordinato

Il carattere più distinto del lavoro autonomo nell'art. 2222 rispetto ad altre tipologie di lavoro nel Libro V è 'senza vincolo di subordinazione'. La subordinazione viene esplicita in due sensi: il senso gerarchico e quello di eterodeterminazione, come indicato da Cester e Santoro-Passarelli ⁴²¹. L'esplicazione della subordinazione in questi due aspetti tenta di descrivere la dipendenza soggettiva e oggettiva nel lavoro subordinato. Ciò vale a dire che non vi è solo un assoggettamento personale del lavoratore al potere

⁴¹⁷ Art.1 della costituzione: l'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.

⁴¹⁸ Art. 35 della costituzione: 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.

⁴¹⁹ ICHINO, *Il contratto*, I, cit., p. 3.

⁴²⁰ Per la considerazione del concetto ampio del lavoro, si veda PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi*, cit., p. 526. In relazione alla valutazione contraria, si veda SCOGNAMIGLIO, *La natura*, cit., p. 384.

⁴²¹ C. CESTER, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in *Diritto del lavoro*, commentario diretto da F. CARINCI, II, Torino, 1998, p. 8 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni*, cit., p. 86.

organizzativo, direttivo e disciplinare del datore del lavoro ⁴²², ma esiste anche un'eterodirezione dell'attività — cioè la prestazione lavorativa deve essere svolta nel modo imposto dal datore di lavoro, mediante ordini che il lavoratore è obbligato a rispettare, secondo quanto evidenziato da Vallebona ⁴²³. Entrambi i tipi di dipendenza non sussistono nel lavoro autonomo.

Tuttavia, l'espressione 'senza vincolo di subordinazione' è messa in dubbio per quanto riguarda la natura del lavoro. Il motivo fondamentale di tale dubbio è che la configurazione della fattispecie del contratto d'opera non abbia una base sufficiente e sia ricca di conseguenze proprio in ragione della sua inutilità, come sostenuto da Pedrazzoli ⁴²⁴. Tuttavia, il dubbio non nega che la distinzione tra il lavoro autonomo e subordinato sia l'elemento essenziale per distinguere tra i due tipi: il vincolo di subordinazione è il criterio nella valutazione dell'adempimento definitivo medesimo ⁴²⁵, non solo nel processo di svolgimento della prestazione.

In realtà, il dubbio deriva da una difficoltà rispetto alla collocazione di una dottrina composita nel codice civile, specialmente nel Libro V. Dalla seconda evoluzione teorica del lavoro, cioè il contributo fornito da Francesco Santoro-Passarelli, l'autonomia individuale è inserita anche nel lavoro subordinato. Di conseguenza, è sorto il cosiddetto contrattualismo, mentre, come si è visto, l'acontrattualismo è stato notato fin dall'inizio con riguardo sia ai rischi di un maggior coinvolgimento del lavoratore sia ai vantaggi di un maggior controllo del potere imprenditoriale ⁴²⁶. Con tutto ciò, la distinzione all'interno della

⁴²² CESTER, *Il rapporto*, cit., p. 8.

⁴²³ VALLEBONA, *La riforma*, cit., 2004, p. 1.

⁴²⁴ PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi*, cit., p. 525.

⁴²⁵ P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto di lavoro*, Milano, 1989, p. 66 ss.

⁴²⁶ F. CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».

subordinazione rappresenta una vera e propria differenza tra due tipi di lavoro, in particolare, tra il contratto di servizi e il contratto di lavoro ⁴²⁷.

5.3 La compatibilità della tutela dei diritti del lavoratore nel contratto di servizio

Il rapporto tra il contratto di servizi e il contratto di lavoro consiste nella distinzione tra il lavoro autonomo e il lavoro subordinato. La subordinazione — come un assoggettamento personale al potere organizzativo e direttivo e anche quale obbedienza alle istruzioni — nel lavoro subordinato, come si è visto, è l'elemento fondamentale che lo distingue dal lavoro autonomo nel contratto d'opera e nei contratti di servizi.

Per la specialità della collocazione relativa al lavoro nel codice civile italiano del 1942, il codice civile italiano regola il diritto di lavoro in tutte le sue forme, come osservato da Santoro-Passarelli ⁴²⁸. Esso solitamente è l'oggetto delle norme che sono sviluppate a livello costituzionale. Dunque, per trovare una dottrina più generale del lavoro, bisogna richiamare le norme costituzionali che possano andare oltre la distinzione tra i tutti tipi di lavori.

Tuttavia, anche se l'art. 35 della costituzione tutela tutti i tipi di lavori, è ancora aperto il dibattito sull'ambito di applicazione della tutela.

Art. 35 cost.it. 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.

⁴²⁷ In generale, per la discussione della definizione internazionale del contratto di lavoro, si veda J. RILEY, *The Definition of the Contract of Employment and its Differentiation from Other Contracts and Other Work Relations*, in *The contract of employment*, Oxford, 2016, p. 321 ss.; CAVALIER, UPEX, *The concept of employment contract*, cit., p. 587-608.

⁴²⁸ SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni*, cit., p. 23.

Riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero.

Innanzitutto, l'idea della tutela del lavoratore subordinato nel contratto è sorta da un secolo con la definizione dei contraenti del contratto di lavoro come quello 'debole' e quello 'forte'⁴²⁹, ossia la definizione che rileva la disuguaglianza tra due parti del contratto. Tale considerazione corrisponde alla ispirazione pubblicistica della costituzione⁴³⁰, mentre l'idea della tutela del lavoratore che è portata nel codice civile italiano del 1942 da Barassi è un'idea basata sugli interessi privati⁴³¹. Dunque, il codice civile formula, al contrario rispetto a quanto affermato nella costituzione, una tutela dei lavoratori accentuando l'individualità invece della soggezione.

Infatti, la tutela nel comma 1 dell'articolo in esame corrisponde anche all'art. 2060 del codice civile italiano⁴³². Come mette in risalto Treu, in generale, l'opinione comune è che la tutela negli articoli (quanto meno negli artt. 37, 39, 40, 46) del titolo III della costituzione italiana è storicamente riferibile ai soli lavoratori subordinati⁴³³. Tuttavia, il comma 1 dell'articolo in esame stabilisce un criterio generale ispiratore che contiene disposizioni riferite a molteplici forme di lavoro, per cui il lavoro nel comma 1 equivale a qualsiasi attività personale diretta allo scambio di beni e di servizi, come affermato da Mazziotti⁴³⁴.

⁴²⁹ L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo*, discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico (R. Univ. Di Macerata, 5 novembre 1893), Macerata, 1893; M. EMILIANO, *Sulle "funzioni" del diritto privato nella Costituzione economica fascista. Contratto, impresa e concorrenza*, Macerata, 2007, p. 43.

⁴³⁰ Cfr. EMILIANO, *Sulle "funzioni"*, cit., p. 47.

⁴³¹ Cfr. EMILIANO, *Sulle "funzioni"*, cit., p. 44.

⁴³² Art. 2060 (Del lavoro) Il lavoro è tutelato in tutte le sue forme organizzative ed esecutive, intellettuali, tecniche e manuali.

⁴³³ T. TREU, *Rapporti economici*, in *Commentario della costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1979, p. 3

⁴³⁴ M. MAZZIOTTI, *Lavoro (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del lavoro*, XXII, Milano, 1973, p. 340.

In particolare, tale tutela sussiste nel caso in cui la subordinazione metta il lavoratore in uno stato secondario rispetto al datore di lavoro, per cui l'idea comune è l'esclusività della tutela dei lavoratori subordinati, come indicato da Santoro-Passarelli, Ichino, Perone e Vallebona ⁴³⁵. Invece, una considerazione diversa avanzata da Perulli ⁴³⁶, pone la possibilità dell'applicazione limitandosi al riferimento relativo alla proporzionalità contenuto nell'art. 36 della costituzione ⁴³⁷.

Art. 36 cost.it. Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge.

Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi.

Innanzitutto, il lavoratore nel comma 1 dell'articolo in esame assume un ruolo simile al lavoro disciplinato nel comma 1 dell'articolo precedente, che non

⁴³⁵ SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni*, cit., p. 87; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, II, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, Milano, 2003, p. 125 ss.; V. PERONE, *Retribuzione*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, p. 40. Un'idea analoga afferma che il lavoro intellettuale non sia privo di particolare protezione nei confronti della regolamentazione delle professioni intellettuali, si veda VALLEBONA, *La riforma*, cit., p. 8 ss.

⁴³⁶ Per la discussione delle due considerazioni, si veda generalmente PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 264 ss.

⁴³⁷ Questa considerazione afferma che il duplice riferimento dell'art. 36, cioè la proporzionalità e la sufficienza, come quest'ultima sia un principio tipico del lavoro. La prima non può dirsi assente nel principio di determinazione del corrispettivo del lavoro autonomo, cfr. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 270. Per quanto riguarda l'art. 36 della costituzione: il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi.

intende escludere un tipo specifico di lavoro, come affermato da Mazziotti.⁴³⁸ Inoltre, la retribuzione nel comma 1 in realtà è un corrispettivo contrattuale, il quale è destinato a trovare la sua realizzazione nell'ambito dell'autonomia negoziale, secondo quanto evidenziato da Perone ⁴³⁹. Dunque, 'retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro' è stata confrontata con il corrispettivo, riguardo il diritto al corrispettivo del lavoratore ma non nei casi di sospensione del lavoro — l'ultima è una considerazione comune concernente il comma 1 dell'articolo in esame ⁴⁴⁰ — nell'ambito del contratto di servizio.

Tuttavia, il principio costituzionale non può cambiare la natura del rapporto contrattuale negoziale privato nel contratto di servizio. In particolare, tale diritto del corrispettivo non può essere determinato senza la limitazione dell'autonomia privata e la parità fra datore e il prestatore di lavoro nel rapporto contrattuale di servizio, in quanto l'art. 36 non collima con il concetto di equivalenza economica e parità contrattuale dei contraenti, secondo quanto affermato da Mazziotti, da Treu e da Bartole e Bin⁴⁴¹.

La distinzione vera e propria tra il contratto di servizio e il contratto d'opera ci presenta un quadro di regolamento diverso. Tuttavia, il contrattualismo del lavoro subordinato ha offuscato la distinzione e ha causato la difficoltà della definizione del contratto di lavoro. In questo caso, l'individuazione di un solo tipo di lavoro è diventata anche sempre più difficile e improbabile, per cui bisogna ricercare un principio generale del contratto avente ad oggetto il lavoro autonomo e applicare in seguito le norme separatamente riconoscendo i contratti

⁴³⁸ MAZZIOTTI, *Lavoro*, cit., p. 348.

⁴³⁹ PERONE, *Retribuzione*, cit., p. 45.

⁴⁴⁰ Per quanto riguarda le retribuzioni nei casi di sospensione del lavoro, cfr. TREU, *Rapporti economici*, cit., p. 110.

⁴⁴¹ Cfr. MAZZIOTTI, *Lavoro*, cit., p. 348; TREU, *Rapporti economici*, cit., p. 110; S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 36.

nei casi specifici. Dunque, si può ottenere sia il contratto di servizio sia il contratto di lavoro, entrambi contratti quali regolati proprio dalla costituzione ma con riguardo particolare alla retribuzione e al corrispettivo. Il primo ha una rilevanza nell'autonomia privata, per cui la tutela del diritto del lavoro è accessoria rispetto alla tutela nel contratto di lavoro — ovvero nel senso che il focus nel contratto di servizio accentua più l'obbligazione contrattuale che il diritto del prestatore di lavoro —. Tuttavia, come avviene in un contratto di scambio, il corrispettivo del lavoratore subordinato deve rispettare il principio della sinallagmaticità e dunque della proporzionalità, pertanto il valore che ha offerto un lavoro autonomo non dovrebbe essere diverso dal valore che ha offerto un altro lavoro identico ma subordinato. In conclusione, l'art. 2225, concernente il corrispettivo nel contratto d'opera, e il principio costituzionale, che riguarda tutela del lavoratore, sono applicabili ai contratti di servizi (e contratto d'opera) riguardo il corrispettivo da fornire al prestatore di lavoro.

6. Conclusione: la ricostruzione dello schema locativo dell'obbligazione nel contratto di lavoro e nel contratto di servizio

Lo schema locativo derivato dalla *locatio conductio* ha gettato le basi dell'obbligazione nel contratto di scambio. In modo speciale lo schema locativo nella *locatio conductio operis e operarum* ha definito l'obbligazione nello scambio tra una prestazione lavorativa e il corrispettivo.

Il contratto di servizi è appunto un contratto dello scambio tra la prestazione dell'attività lavorativa e il corrispettivo. Il servizio qui è un concetto molto generale e ampio che può comprendere tutti i tipi di servizi, sia quelli già regolati negli altri contratti tipici — come l'appalto, il mandato, il trasporto, etc. —, sia quelli che non sono ancora regolati — cioè i cosiddetti contratti di servizi innominati —. Lo schema locativo, dunque, non solo ha fornito la teoria

fondamentale per i contratti classici nel diritto civile vigente, come il contratto di appalto e il contratto di lavoro, ma ha anche soddisfatto anche i bisogni nati costantemente nella nuova relazione moderna, cioè i contratti atipici — il contratto di servizio —. Conseguentemente, la costruzione del modello di contratto d'opera potrebbe servire soprattutto per la regolamentazione dei vari servizi che ancora non sono regolati.

Nel codice civile italiano, nonostante il contratto d'opera sia costituito dal legislatore per un motivo estraneo alla teoria civilistica, il contratto d'opera stesso assume un ruolo generale di riferimento per le prestazioni lavorative, senza alcuna limitazione rispetto ad un'unica forma di lavoro (diversamente dal contratto di appalto). Inoltre, la distinzione riscontrata tra il contratto d'opera e il contratto di appalto ha conferito a quest'ultimo un titolo alla protezione per piccole imprese e privati ⁴⁴². Alla fine, la posizione speciale del contratto d'opera nel codice civile ovvero il Libro *Del lavoro*, è proprio il riflesso di un equilibrio tra l'interesse pubblico e l'interesse privato.

La ricostruzione dello schema locativo nel contratto di servizio non evidenzia le tipologie dei diversi contratti nominati e comprende perfino il mandato, il trasporto e il deposito che furono già i contratti tipici nel diritto romano. Lo schema locativo romano enfatizza il sinallagma *merces-uti frui*, delineando le obbligazioni contrattuali generali. Analogamente, il contratto d'opera funziona come un principio di *genus* rispetto alla *species* dei diversi contratti di servizi in riferimento alle obbligazioni contrattuali.

Dunque, tale ricostruzione dello schema locativo ci offre possibilità di applicazione nei differenti contratti aventi ad oggetto il lavoro autonomo, anche rispetto alla metodologia della regolamentazione.

⁴⁴² Per la distinzione tra i due contratti, cfr. §4.2.1.

CAPITOLO III

LE OBBLIGAZIONI E IL RISCHIO CONTRATTUALE NEL CONTRATTO AVENTE AD OGGETTO IL LAVORO NEL CODICE CIVILE CINESE: LE DIVERSE PROSPETTIVE DELLA COSTITUZIONE E DEL CODICE CIVILE CINESE

1. Introduzione

Il Libro III del contratto nel codice civile cinese ha origine dal *Diritto di contratto* della repubblica popolare cinese, promulgato il primo ottobre 1999, per cui il contratto nel codice civile ha mantenuto il sistema della legge precedente. Il Libro III ha aggiunto ai 15 contratti tipici nel *Diritto di contratto* ulteriori tre. Uno di questi è il contratto di servizio per la gestione della proprietà, nato dall'ampia pratica nell'ambito della costruzione urbana e dei beni immobili ⁴⁴³, mostrando l'importanza data dal legislatore al contratto di servizio. Tuttavia, tale novità non basta per risolvere il problema della regolamentazione degli svariati servizi aumentati nella vita quotidiana, in quanto che tale contratto comprende solo un servizio specifico.

Nel codice civile cinese, il principio generale del contratto è basato sul modello di contratto di vendita. Come si è visto, diversamente dal contratto avente ad oggetto il lavoro, la compravendita ha come oggetto la cessione dei beni. Dunque,

⁴⁴³ Cfr. GRUPPO DI LAVORO SULL'APPLICAZIONE DEL CODICE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA DELLA CORTE, *Comprensione e applicazione del Libro dei contratti nel codice civile della repubblica popolare cinese*, IV, Pechino, 2020, p. 2551.

l'applicazione delle disposizioni del contratto di vendita in altri contratti onerosi non può risolvere il problema della mancanza di discipline generali dei contratti aventi ad oggetto il lavoro ⁴⁴⁴.

Inoltre, la regolamentazione del lavoro nel diritto cinese ha una breve storia rispetto a quella in Europa ⁴⁴⁵. Il trapianto del sistema romanistico nel diritto privato cinese ha accentuato la separazione del lavoro autonomo e del lavoro subordinato in cui il primo rappresenta l'attività lavorativa nel diritto privato e l'ultimo costituisce un oggetto del diritto pubblico. La ricomposizione potrebbe attenuare la mancanza relativa ai contratti di servizi, specialmente in un codice civile dove la rilevanza dei contratti di servizi è oscurata dalla compravendita (§ 2).

Di conseguenza, essendo il primo codice civile in Cina, il nuovo codice non solo serve per regolare il negozio giuridico civile nell'attività di servizio, ma deve anche dedicarsi al collegamento degli interessi pubblici e privati tenendo presente la connessione tra il contratto di servizio e il contratto di lavoro.

Innanzitutto, la tendenza dello sviluppo relativo al diritto privato, per esempio la decodificazione e l'unificazione del diritto privato in Europa, rispecchia un rapporto sempre più vicino tra il diritto privato e il diritto pubblico, in particolare, riguardo l'ambito costituzionale ⁴⁴⁶. Dunque, il riferimento alla costituzione provvede l'idea generale del diritto di lavoro che è un diritto non trattato definitivamente nel codice civile (§ 3).

⁴⁴⁴ Per l'applicazione delle disposizioni del contratto di vendita, si veda l'art. 646. Se vi siano disposizioni di legge che disciplinano altri contratti non gratuiti, devono essere seguite. In mancanza di tali disposizioni si applicano in quanto compatibili quelle sui contratti di vendita.

⁴⁴⁵ La prima legge dipartimentale cinese (dopo la fondazione della repubblica popolare cinese) che prevede lavoro è promulgata il 3 aprile, 1992, *Diritto di sindacato*. Il *Diritto di lavoro* e il *Diritto del contratto di lavoro* sono promulgati nel 1995 e nel 2007.

⁴⁴⁶ Per tale rapporto, in generale, si veda E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa, diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017.

Per quanto riguarda il negozio giuridico civile, occorre costruire un modello di contratto di servizio che preveda il principio generale dei contratti di servizi tipici ma anche atipici. Come si è visto nel capitolo precedente, il contratto d'opera assume il ruolo di un modello contrattuale per la compatibilità dello schema locativo nei contratti di servizi. Il mandato nel codice civile cinese può essere un contratto oneroso quindi risulta essere anche più compatibile — essendo l'oggetto del mandato un'attività lavorativa più generale — con altri contratti tipici aventi ad oggetto il lavoro. Pertanto al fine di costruire altresì lo schema locativo nel codice civile cinese bisogna verificare ulteriormente la compatibilità del mandato con altri contratti relativi, in base alla verifica delle obbligazioni contrattuali (§4, §5).

2. La distribuzione nel diritto cinese della regolamentazione del lavoro in diverse tipologie contrattuali: la necessità di riferirsi ai principi costituzionali

Con il termine 'lavoro' nel diritto cinese si intende principalmente il lavoro subordinato, mentre il termine di lavoro autonomo è nominato come 'servizio'. Per esempio, nel codice civile, ci sono solo 7 luoghi nel diritto generale e nel diritto della famiglia dove viene usato il termine lavoro, descrivendo l'abilità di lavoro dei privati. Invece, ci sono 141 luoghi dove il legislatore ha adottato il termine di servizio. Dunque, vanno rilevate le diverse tipologie contrattuali concernenti il lavoro.

2.1 I contratti tipici relativi nel codice civile cinese

I contratti tipici relativi — quale contenuto di immediata indagine — nel codice civile cinese sono quei contratti aventi ad oggetto l'attività lavorativa, includendo anche quelli aventi ad oggetto il lavoro e il risultato finale. Nel codice civile cinese,

ci sono 18 contratti tipici in cui 10 sono i contratti coerenti con la suddetta definizione.

2.1.1 Il contratto di mandato

Il contratto di mandato — come si potrà osservare successivamente — è un contratto tipico avente ad oggetto il lavoro. Il codice civile cinese ammette l'onerosità del mandato, per cui il sinallagma di *merces-uti frui* quale valore esplicito dall'attività lavorativa ricorrerebbe anche nel contratto di mandato oneroso ⁴⁴⁷.

2.1.2 Il contratto di appalto

Il contratto di appalto regolato nell'art. 770 è il contratto di appalto privato, ed è collocato come il primo contratto che conduce la categoria dei contratti aventi ad oggetto il lavoro.

Art. 770 L'appalto è il contratto con il quale l'appaltatore esegue un lavoro in conformità con le richieste di un committente e ne consegna il prodotto a questo che paga in cambio un corrispettivo. L'appalto include l'elaborazione, la produzione su ordinazione, la riparazione, la riproduzione, la verifica, l'ispezione e simili ⁴⁴⁸.

Innanzitutto, la seconda parte dei singoli contratti del Libro III del contratto inizia dal Titolo IX, cioè il contratto di compravendita; poi dal Titolo XVII ovvero il contratto di appalto al Titolo XXVI il contratto di agenzia sono collocati quei 10 contratti che hanno ad oggetto il lavoro autonomo, ossia il servizio. Dunque, la collocazione del contratto di appalto mostra in qualche senso la rilevanza del

⁴⁴⁷ Per quanto riguarda il contratto di mandato, vedremo infatti nel §4.

⁴⁴⁸ HUANG MEILING (trad.), *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, Pisa, 2021, p. 169.

contratto medesimo, così come il contratto di compravendita è il primo contratto nella parte II del Libro III, cioè dei singoli contratti.

Per quanto riguarda la definizione del contratto di appalto, si trova una definizione molto vicina a quella romanistica. Il comma 1 dell'articolo in esame prevede che 'l'appaltatore esegue un lavoro... ne consegna il prodotto'. Qui si accentua l'*opus perfectum* e la sua consegna. Inoltre, il termine 'prodotto (工作成果)' proviene dal termine 'lavoro (工作)', per cui la parola 'prodotto' da un lato intende l'*opus perfectum*, da l'altro lato, non esclude la possibilità dell'*opus imperfectum* che potrebbe conferire il diritto di corrispettivo all'appaltatore nel caso della risoluzione del contratto.

Rispetto al contratto avente ad oggetto il lavoro generale, l'oggetto del contratto in esame è più specifico. L'oggetto del lavoro nell'appalto è un oggetto materiale, mentre l'oggetto del contratto di servizio è un lavoro generale, il quale ha un senso più ampio rispetto all'appalto, secondo quanto affermato da Huang Wei⁴⁴⁹. Inoltre, ad avviso di Yang Lixin, l'appaltatore deve assumere il lavoro principale di appalto con l'impianto, la tecnica e le attività proprie⁴⁵⁰. Infine, l'oggetto materiale del lavoro di appalto rende anche specifici i problemi di rischio della materia, in confronto al modello di contratto di servizio, cioè il contratto di mandato⁴⁵¹.

2.1.3 Il contratto per il progetto di costruzione

Il contratto per il progetto di costruzione è regolato nel Titolo XVIII del Libro III del codice civile cinese.

⁴⁴⁹ HUANG WEI, *Le interpretazioni del Libro di contratto del codice civile cinese*, Pechino, 2020, p. 620.

⁴⁵⁰ YANG LIXIN, *Le interpretazioni degli articoli del codice civile cinese*, Pechino, 2021, p. 549.

⁴⁵¹ Rispetto a cui vedremo nel §5.2.

Art. 788 Il progetto di costruzione è il contratto con il quale l'esecutore effettua la costruzione di un progetto e il committente paga il corrispettivo. I contratti per il progetto di costruzione includono quelli per la prospezione, la progettazione e l'esecuzione del progetto⁴⁵².

Il contratto in esame con il carattere economico si origina in realtà dal *Diritto di contratto economico della repubblica popolare cinese* promulgato nel 1981⁴⁵³, ed è un contratto di appalto in ampio senso in realtà. Infatti, il contratto per il progetto di costruzione è stato considerato come una forma speciale del contratto di appalto, secondo quanto sottolineato da Xu Diyu e Zhang Jiayong⁴⁵⁴.

Tuttavia, tale contratto differisce dal contratto di appalto per la sua natura relativa alla costruzione dei beni immobiliari⁴⁵⁵. Ad avviso di Xu Diyu e Zhang Jiayong, il contratto in esame richiede un certificato speciale dell'appaltatore che gli permette di costruire; inoltre, l'esecuzione del contratto è un'attività programma ed anche sotto controllo dello stato⁴⁵⁶. Di conseguenza, il contratto

⁴⁵² HUANG MEILING (trad.), *Codice civile*, cit., p. 172.

⁴⁵³ Il diritto di contratto economico della repubblica popolare cinese era stato abrogato il 1° ottobre 1999 quando il diritto di contratto è stato promulgato.

⁴⁵⁴ Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario del codice civile della repubblica popolare cinese*, Pechino, 2022, p. 834.

⁴⁵⁵ La separazione dell'appalto di costruzione degli immobili dall'appalto generale deriva dal trapianto del sistema legale russo. Secondo la teoria russa, il soggetto del contratto per il progetto di costruzione è il soggetto pubblico, ed è un contratto servito per l'economia pianificata. Il trapianto del sistema russo accadeva all'inizio della fondazione della repubblica, in cui la giurisprudenza cinese considerava molto la novità del diritto socialista e negava l'influenza della pandettistica. Tuttavia, il contratto in esame con specialità socialista è rimasto nel diritto cinese anche dopo l'applicazione del sistema pandettistico, in quanto lo sviluppo della proprietà immobiliare è la base e anche il focus del progetto economico del governo. Cfr. SONG ZONGYU, WEN CHANGHUANG, ZENG WENGE, *I caratteri e la storia del contratto per il progetto di costruzione*, in *Journal of Chongqing Jianzhu University*, XXV, 2003, p. 88. SUN XIANZHONG, *L'adozione della giurisprudenza di Pandekte: introduzione, declino e rinascita*, in *Chinese academy of social science*, II, 2008, p. 89.

⁴⁵⁶ Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 834.

in esame in realtà è un contratto con caratteristica mista di privato e pubblico, per cui vi sono tante regole specifiche che regolano tale contratto e l'attività della costruzione, stando a quanto rilevato da Huang Wei ⁴⁵⁷.

2.1.4 Il contratto di trasporto

Analogamente al codice civile italiano, il contratto di trasporto nel codice civile cinese è suddiviso in diverse subcategorie in base all'oggetto del trasporto: il contratto per il trasporto di passeggeri, il contratto per il trasporto di merce e il contratto di trasporto multimodale. Nel contratto di trasporto, il passeggero è il cliente che richiede un servizio dal vettore per un corrispettivo concordato.

⁴⁵⁷ Cfr. HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 156. Per quanto riguarda le leggi specifiche e la storia, nel 1955, è promulgato *Misure provvisorie per il progetto della costruzione e installazione del 1955* <建筑安装工程包工暂行办法> (abrogato) dal Comitato nazionale delle costruzioni. Nel 1979, sono promulgati *Avviso sull'implementazione sperimentale del sistema di contratti per la costruzione base* <关于试行基本建设合同制的通知> (abrogato) – il quale determina il principio di regolare la costruzione con il contratto - *Regolamento di prova di contratti per il progetto della costruzione e installazione* <建筑安装工程合同试行条例> (abrogato), *Regolamento di prova per i contratti del sondaggio e della progettazione* <勘察设计合同试行条例> (abrogato) dallo stesso comitato. *Il diritto del contratto economico* promulgato nel 1981 ha definito il contratto per il progetto della costruzione, Nel 1983, *Regolamenti di contratti per il progetto del sondaggio e della progettazione* <建设安装工程勘察设计合同条例> (abrogato) e *Regolamento di contratti per il progetto costruzione e installazione* <建设安装工程承包合同条例> (abrogato) sono promulgati dal Consiglio di stato. Fino a qui, è stabilito un sistema della regolamentazione fondamentale strutturale di contratto per il progetto della costruzione. Per quanto riguarda la governance delle gare di appalto, sono promulgati *Regolamento provvisorio sulle gare di appalto per i lavori di costruzione* <建设工程招标投标暂行规定> (abrogato), *Regolamento provvisorio sul rafforzamento della gestione del mercato delle costruzioni* <关于加强建筑市场管理的暂行规定> (abrogato) nel 1983 e nel 1987. In seguito, *Il diritto della costruzione della repubblica popolare cinese* <中华人民共和国建筑法> (1998), *Il diritto del contratto della repubblica popolare cinese* <中华人民共和国合同法> (1999), *il diritto della gara di appalto della repubblica popolare cinese* <中华人民共和国招标投标法> (2000), *Regolamento sull'attuazione del diritto della gara di appalto* <中华人民共和国招标投标法实施条例> (2011) e il codice civile cinese hanno completato la regolamentazione e anche la legislazione del contratto per il progetto della costruzione. Cfr. HE QINHUA, YIN XIAOHU *La storia del diritto civile della repubblica popolare cinese*, Shanghai, 1999, p. 255 ss.; SONG ZONGYU, WEN CHANGHUANG, ZENG WENGE, *I caratteri*, cit., p. 89-90.

Art.809 Il trasporto è il contratto con il quale il vettore trasferisce il passeggero o la merce dal luogo di partenza a quello di destinazione come stabilito dalle parti e il passeggero, il mittente o il destinatario pagano il biglietto o la tariffa del trasporto ⁴⁵⁸.

Il contratto per il trasporto di passeggeri è un contratto in cui in generale il corrispettivo viene pagato prima che il servizio sia prestato ⁴⁵⁹. Diversamente dal modello del contratto di servizio il contratto per il trasporto di passeggeri è un contratto di adesione, secondo quanto affermato da Yang Lixin ⁴⁶⁰. Inoltre, per motivo della natura del contratto, cioè l'oggetto del trasporto, il vettore assume anche l'obbligazione di soccorrere ed aiutare il passeggero che soffra di un malore improvviso o nel caso di un parto o di un rischio per la vita. Per tanto qui si riscontra la maggiore differenza nell'applicazione delle regole rispetto al contratto relativo al trasporto di merce, secondo Huang Wei ⁴⁶¹. Di conseguenza, per tale carattere il contratto in esame differisce anche dal modello generale del contratto di servizio, ossia il contratto di mandato.

Per quanto riguarda il contratto concernente il trasporto di merce, vi sono altresì tante leggi speciali come *Diritto marittimo*, *Diritto dell'aviazione civile*, *Legge sulle ferrovie*, etc., a cui si applicano le norme delle leggi speciali quando vi siano delle divergenze tra i diritti speciali e il diritto generale, secondo quanto affermato da Xu Diyu e Zhang Jiayong ⁴⁶². In particolare, le obbligazioni contrattuali del vettore, come l'obbligazione di proteggere l'oggetto che il passeggero porta con sé e di garantire la sicurezza del passeggero, sono quelle

⁴⁵⁸ HUANG MEILING (trad.), *Codice civile*, cit., p. 177.

⁴⁵⁹ Si veda l'art. 814 Il contratto per il trasporto dei passeggeri viene concluso nel momento in cui il vettore emette il biglietto per il passeggero, salvo diverso accordo tra le parti o in conformità con gli usi negoziali.

⁴⁶⁰ Cfr. YANG LIXIN, *Le interpretazioni*, cit., p. 579.

⁴⁶¹ Cfr. HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 712.

⁴⁶² Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 855.

supplementari rispetto alle obbligazioni generali presenti nel contratto di servizio.

Inoltre, vi sono tre parti in un rapporto di trasporto, per cui è necessario definire proprio le parti nel contratto. Nel contratto per il trasporto di merce, il mittente o il destinatario è la parte che paga il corrispettivo per il servizio di trasporto del vettore, per cui l'oggetto del contratto è l'attività di trasporto al posto di destinazione delle merci o dei passeggeri. Il mittente può essere il destinatario, e il mittente e il vettore sono le parti del contratto quando il destinatario sia un terzo, secondo quanto affermato da Huang Wei ⁴⁶³.

2.1.5 Il contratto di tecnologia

Il contratto di tecnologia deriva dal *Diritto di contratto di tecnologia* promulgato nel 1987. Prima della promulgazione del *Diritto di contratto economico*, il concetto della tecnologia non era considerato come una nozione presente nel diritto privato. Il prodotto della tecnologia era diffuso dal governo gratuitamente con il metodo amministrativo ⁴⁶⁴. La *Decisione del Comitato centrale del Partito comunista cinese sulla riforma del sistema scientifico e tecnologico* promulgata nel 1985 ha promosso la formazione e lo sviluppo del mercato di tecnologia. Successivamente, il *Diritto di contratto di tecnologia* ha definito il contratto di sviluppo di tecnologia, il contratto di trasferimento di tecnologia e il contratto di licenza di tecnologia, i quali hanno permesso di costruire il sistema giuridico del contratto di tecnologia ⁴⁶⁵.

Il contratto di tecnologia è definito dall'art. 843 (non diversamente dall'art. 322 del *Diritto di contratto* abrogato) che comprende il contratto di sviluppo di

⁴⁶³ Cfr. HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 705.

⁴⁶⁴ Cfr. CUI JIANYUAN, *Il diritto di contratto*, Pechino, 2010, p. 478.

⁴⁶⁵ Cfr. CUI JIANYUAN, *Il diritto di contratto*, cit., p. 478.

tecnologia, il contratto di trasferimento di tecnologia, il contratto di licenza di tecnologia, il contratto per la consulenza tecnologica e il contratto per i servizi tecnologici.

Art. 843 Il contratto di tecnologia è quello in base al quale le parti stabiliscono diritti ed obblighi per lo sviluppo, il trasferimento, la licenza, la consulenza o il servizio di tecnologia ⁴⁶⁶.

Nei contratti di tecnologia, i contratti aventi ad oggetto il lavoro sono il contratto di sviluppo di tecnologia, il contratto per la consulenza tecnologica e il contratto per i servizi tecnologici. Il primo contratto può essere diviso in due tipi considerando il modo di sviluppo: il contratto di sviluppo su commissione (regolato dall'art. 852 all'art. 854) o il contratto di sviluppo cooperativo (regolato dall'art. 855 all'art. 857). Per cui il rapporto contrattuale nell'ultimo caso è un mandato oneroso speciale ⁴⁶⁷. Dunque, il contratto in esame differisce dal contratto di mandato per la responsabilità sorta dall'inadempimento. In particolare, le obbligazioni delle parti sono determinate dalla caratteristica dello sviluppo cooperativo, dall'investimento e dall'abilità delle parti stesse, diversamente dal contratto di sviluppo di tecnologia su commissione in cui le obbligazioni sono divise definitivamente, secondo l'opinione di Xu Diyu e Zhang Jiayong ⁴⁶⁸.

Gli ultimi due contratti, cioè il contratto per la consulenza tecnologica e il contratto per i servizi tecnologici, in realtà sono due rapporti contrattuali che

⁴⁶⁶ HUANG MEILING (trad.), *Codice civile*, cit., p. 184.

⁴⁶⁷ Si veda l'art. 852 Il mandante di un contratto di mandato per lo sviluppo deve sostenere i costi di ricerca e sviluppo e le retribuzioni in conformità con l'accordo, fornire materiali tecnologici, fare richieste di ricerca e sviluppo, eseguire le sue attribuzioni nel lavoro di cooperazione ed accettare il prodotto della ricerca e sviluppo.

⁴⁶⁸ Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 897.

sono basati sul rapporto di affidamento. Naturalmente, i contenuti dei rapporti in esame sono più specifici rispetto al contenuto del mandato ⁴⁶⁹.

2.1.6 Il contratto di deposito e il contratto di deposito in magazzino

Il codice civile cinese non ha definito la gratuità del contratto di deposito. Secondo l'art. 889, il contratto di deposito può essere oneroso se le parti siano d'accordo ⁴⁷⁰. Il depositante deve corrispondere al depositario le spese per il servizio di deposito che quest'ultimo ha fornito.

Art. 889 Il depositante deve corrispondere al depositario le spese sostenute in conformità con il contratto. Il deposito si considera gratuito se tra le parti non vi sia accordo o questo non sia chiaro sulle spese di deposito, né queste possano essere determinate secondo le disposizioni dell'articolo 510 del presente Codice ⁴⁷¹.

Come si è visto nel testo, l'oggetto del contratto è l'attività di custodia o di consegna. Il codice non accentua la natura dei beni sotto custodia. Secondo il legislatore, sia i beni mobiliari sia i beni immobiliari possono essere l'oggetto della custodia, come le case, l'orto e lo stagno ⁴⁷².

⁴⁶⁹ Per quanto riguarda i contenuti del rapporto contrattuale in esame, si veda l'art. 878 Il contratto di consulenza tecnologica è quello con il quale una parte utilizza le proprie conoscenze tecnologiche per fornire all'altra una valutazione di fattibilità, una previsione tecnologica, un'indagine tecnologica speciale e un rapporto di analisi e valutazione su uno specifico progetto di tecnologia. Il contratto di servizio di tecnologia è quello con il quale una parte utilizza la sua conoscenza tecnologica per risolvere problemi tecnologici specifici per l'altra parte. I contratti di servizi tecnologici non includono contratti di appalto o contratti per progetti di costruzione. In particolare, si veda anche HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 916-917.

⁴⁷⁰ Si veda l'art. 889 Il depositante deve corrispondere al depositario le spese sostenute in conformità con il contratto. Il deposito si considera gratuito se tra le parti non vi sia accordo o questo non sia chiaro sulle spese di deposito, né queste possano essere determinate secondo le disposizioni dell'articolo 510 del presente Codice.

⁴⁷¹ HUANG MEILING (trad.), *Codice civile*, cit., p. 194.

⁴⁷² Cfr. HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 813.

Analogamente a tanti codici civili, il deposito comprende anche il rapporto tra i clienti e i negozi quando i clienti effettuano acquisti, consumano un pasto o soggiornano ⁴⁷³.

Di conseguenza, il contratto di deposito è un contratto reale la stipulazione del quale richiede la consegna dell'oggetto, che è diverso dal contratto consensuale

⁴⁷³ Per esempio, l'art.1783 del codice civile italiano definisce la responsabilità nel deposito in albergo; §701 provvede la responsabilità degli albergatori per le cose portate in albergo; l'art. 1952 del *code civil* prevede la responsabilità degli albergatori e dei responsabili per le cose portate negli alberghi o ristoranti come quella del depositario. Si veda l'art. 1783 (Responsabilità per le cose portate in albergo) Gli albergatori sono responsabili di ogni deterioramento, distruzione o sottrazione delle cose portate dal cliente in albergo. Sono considerate cose portate in albergo: 1) le cose che vi si trovano durante il tempo nel quale il cliente dispone dell'alloggio; 2) le cose di cui l'albergatore, un membro della sua famiglia o un suo ausiliario assumono la custodia, fuori dell'albergo durante il periodo di tempo in cui il cliente dispone dell'alloggio; 3) le cose di cui l'albergatore, un membro della sua famiglia o un suo ausiliario assumono la custodia sia nell'albergo, sia fuori dell'albergo, durante un periodo di tempo ragionevole, precedente o successivo a quello in cui il cliente dispone dell'alloggio. La responsabilità di cui al presente articolo è limitata al valore di quanto sia deteriorato, distrutto o sottratto, sino all'equivalente di cento volte il prezzo di locazione dell'alloggio per giornata; il §701 del BGB, (1) *Ein Gastwirt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, hat den Schaden zu ersetzen, der durch den Verlust, die Zerstörung oder die Beschädigung von Sachen entsteht, die ein im Betrieb dieses Gewerbes aufgenommener Gast eingebracht hat.* (2) *Als eingebracht gelten 1. Sachen, welche in der Zeit, in der der Gast zur Beherbergung aufgenommen ist, in die Gastwirtschaft oder an einen von dem Gastwirt oder dessen Leuten angewiesenen oder von dem Gastwirt allgemein hierzu bestimmten Ort außerhalb der Gastwirtschaft gebracht oder sonst außerhalb der Gastwirtschaft von dem Gastwirt oder dessen Leuten in Obhut genommen sind, 2. Sachen, welche innerhalb einer angemessenen Frist vor oder nach der Zeit, in der der Gast zur Beherbergung aufgenommen war, von dem Gastwirt oder seinen Leuten in Obhut genommen sind. Im Falle einer Anweisung oder einer Übernahme der Obhut durch Leute des Gastwirts gilt dies jedoch nur, wenn sie dazu bestellt oder nach den Umständen als dazu bestellt anzusehen waren.* (3) *Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verlust, die Zerstörung oder die Beschädigung von dem Gast, einem Begleiter des Gastes oder einer Person, die der Gast bei sich aufgenommen hat, oder durch die Beschaffenheit der Sachen oder durch höhere Gewalt verursacht wird.* (4) *Die Ersatzpflicht erstreckt sich nicht auf Fahrzeuge, auf Sachen, die in einem Fahrzeug belassen worden sind, und auf lebende Tiere;* l'art. 1952 del *code civil*, *les aubergistes ou hôteliers répondent, comme dépositaires, des vêtements, bagages et objets divers apportés dans leur établissement par le voyageur qui loge chez eux; le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire.*

– il contratto di mandato –, secondo quando affermato da Yang Lixin, Xu Diyu e Zhang Jiayong ⁴⁷⁴.

Inoltre, la determinazione dei dati e del patrimonio virtuale della rete nell'art. 127 promette la possibilità di un nuovo rapporto di deposito, cioè il deposito dei dati e dei patrimoni virtuali della rete ⁴⁷⁵. L'operatore di rete mobile è il depositario per i dati e i beni virtuali depositi dai clienti, per esempio i denari virtuali dei giochi online, le mail depositate nell'operatore di rete ⁴⁷⁶, i dati conservati nello spazio di Cloud. Inoltre, Alipay è considerato anche il depositario dei depositi messi in Alipay dai clienti ⁴⁷⁷.

Il contratto di deposito in magazzino è un contratto di deposito commerciale ⁴⁷⁸, per cui l'onerosità è uno degli elementi fondamentali del contratto.

Art. 904 Il deposito in magazzino è il contratto con il quale il depositario custodisce nei magazzini le merci consegnate dal depositante il quale corrisponde le spese di custodia ⁴⁷⁹.

Diversamente dal contratto di deposito, il depositario deve avere le qualifiche aziendali come un soggetto commerciale che possiede l'attrezzatura per lo

⁴⁷⁴ Cfr. YANG LIXIN, *Le interpretazioni*, cit., p. 624; XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 924.

⁴⁷⁵ Si veda l'art. 127 Se una legge prevede la protezione dei dati e del patrimonio virtuale della rete, essa trova applicazione.

⁴⁷⁶ Cfr. KANG NA, *Sulla legislazione del patrimonio virtuale nell'economia digitale – una prospettiva basata sull'art. 127 del codice civile e il contratto di deposito*, in *Journal of Shan Dong university (Philosophy and social science)*, V, 2021, 55-56.

⁴⁷⁷ Per quanto riguarda Alipay, vi è una divergenza sulla natura del rapporto sussistente tra i clienti e l'operatore di rete. Da un lato, il rapporto tra i clienti e Alipay è considerato il contratto di deposito, da l'altro lato, tale rapporto è affermato anche come il contratto di mutuo di denaro. Si veda HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 815.

⁴⁷⁸ Cfr. GRUPPO DI LAVORO SULL'APPLICAZIONE DEL CODICE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA DELLA CORTE, *Comprensione e applicazione*, cit., p. 2345.

⁴⁷⁹ HUANG MEILING (trad.), *Codice civile*, cit., p. 197.

stoccaggio, secondo le riflessioni di Xu Diyu e Zhang Jiayong ⁴⁸⁰. Dunque, il depositario si obbliga a prestare un servizio professionale, che è diverso dalla obbligazione generale del prestatore di lavoro nel contratto di servizio.

2.1.7 Il contratto per il servizio di gestione della proprietà

Il contratto per il servizio di gestione della proprietà è un contratto nuovo rispetto al *Diritto di contratto*, ed è anche un contratto innovato nel diritto privato internazionale. Il contratto deriva dalle esigenze della costruzione urbana e dello sviluppo del mercato di beni immobili in Cina ⁴⁸¹. Il contratto in esame è stato regolato per la prima volta nell'*Ordinanza sulla gestione della proprietà* promulgata nel 2003 (modificata nel 2007 e nel 2016). Successivamente, il contratto relativo ai 'servizi di gestione della proprietà' è stato adottato nel *Diritto della proprietà* promulgato nel 2007 ⁴⁸².

Art. 937 Il servizio di gestione della proprietà è il contratto con il quale un fornitore di servizi di gestione della proprietà offre ai condomini di una proprietà i servizi di gestione di questa all'interno di un'area di servizio, come la manutenzione e la riparazione di edifici e le relative strutture accessorie, la gestione e la manutenzione dell'ambiente, l'igiene, il mantenimento dell'ordine e simili e i condomini corrispondono in cambio le relative spese. I fornitori di servizi di gestione della proprietà includono imprese di servizi di gestione della proprietà e altri amministratori ⁴⁸³.

⁴⁸⁰ Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 936.

⁴⁸¹ Cfr. HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 897.

⁴⁸² Il termine 'proprietà' nel contratto in esame (物业) è un termine che sorgeva nella regione amministrativa speciale di Hong Kong e si riferisce a diversi edifici e le proprie relative strutture accessorie. I proprietari degli edifici in Cina hanno una proprietà distinta dai condomini sull'edificio.

⁴⁸³ HUANG MEILING (trad.), *Codice civile*, cit., p. 203.

Innanzitutto, vi è una divergenza di interpretazione sulla natura del contratto. Come si è visto nella definizione nell'articolo in esame, l'oggetto del contratto è l'attività lavorativa che presta il fornitore. La discordia di valutazione sulla natura del contratto esisteva già prima della promulgazione del codice civile. Da un lato, secondo gli autori rappresentati da Xia Deshan, Tan Ling e Hu Danying, il contratto in esame è considerato come un mandato ⁴⁸⁴; dall'altro lato, più autori come Zhang Xiaohong, Wei Ren, Gao Fuping e Huang Wuhuang affermano che il contratto in esame sia un contratto misto di tanti tipi di rapporti giuridici, dunque sarebbe un contratto atipico ⁴⁸⁵. Infine, il codice civile ha definito la natura del contratto in considerazione come un contratto tipico e indipendente dagli altri ⁴⁸⁶. Di conseguenza, la natura dell'oggetto del contratto è valutato anche quale un misto di mandato, appalto, deposito e altri tipi di servizi ⁴⁸⁷.

Conseguentemente, vi sono due maggiori differenze rispetto al contratto di servizio generale e al contratto di mandato.

La prima è il carattere professionale del prestatore di servizi, ovvero il fornitore di servizi di gestione della proprietà. In questo senso i condomini hanno

⁴⁸⁴ Si veda XIA DESHAN, *Il diritto della gestione della proprietà*, Pechino, 2003, p. 158; TAN LING, HU DANYING, *Rianalisi sui problemi della gestione della proprietà*, in *Modern Law Science*, VI, 2006, p. 190.

⁴⁸⁵ Per quanto riguarda l'opinione del contratto atipico, si veda ZHANG XIAOHONG, WEI REN, *I caratteri giuridici del contratto di servizio per la gestione della proprietà*, in *Law Science*, VII, 1998, 42; GAO FUPING, HUANG WUSHUANG, *L'appartenenza del diritto della proprietà (物業) e la gestione della proprietà*, Pechino, 2002, p. 174.

⁴⁸⁶ Ad avviso di Xu Diyu, la prima scuola di opinione ha un effetto profondo sul legislatore, infatti, la collocazione del contratto in esame subito dopo il contratto di mandato dimostrerebbe che il contratto in esame sia un contratto di mandato in senso ampio, cfr. XU DIYU, *Il modello cinese della struttura legale del contratto di servizio per la gestione della proprietà*, in *Chinese Journal of Law*, III, 2022, p. 54. Oltre a ciò, la corte suprema ha ammesso la natura del contratto in esame come mandato nella riunione della risposta ai giornalisti dalla corte suprema. Si veda XI XIAOMING, *Il responsabile del tribunale civile I della Corte Suprema del Popolo risponde alle domande dei giornalisti sull'interpretazione giudiziaria della proprietà distinta dei condomini sull'edificio e dei servizi della gestione della proprietà*, in *Comprensioni e applicazioni delle Interpretazioni giudiziali della proprietà*, Pechino, 2009, p. 9-17.

⁴⁸⁷ Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 965.

‘diritto di proprietà sulle parti esclusive all’intero dell’edificio’, mentre hanno anche ‘diritto di comproprietà’ e dunque ‘di gestione congiunta sulle parti comuni al di fuori di quelle esclusive’, di cui vi è una regolamentazione nell’art. 271⁴⁸⁸. In pratica, però, i condomini di solito affidano al personale o alle aziende professionali la gestione intera o parziale delle parti comuni⁴⁸⁹. Analogamente agli albi o agli elenchi nel codice civile italiano, secondo l’art. 32 della *Ordinanza sulla gestione della proprietà*, il fornitore di servizi di gestione della proprietà deve ottenere la qualificazione professionale⁴⁹⁰. Di conseguenza, il fornitore di servizi nel contratto in esame è un professionista, le cui obbligazioni richiedono anche la diligenza professionale, che è diverso dal contratto di servizio in generale.

⁴⁸⁸ Si veda l’art. 271 I condomini sono titolari del diritto di proprietà sulle parti esclusive all’interno dell’edificio, come abitazioni o locali ad uso commerciale e del diritto di comproprietà e di gestione congiunta sulle parti comuni al di fuori di quelle esclusive.

⁴⁸⁹ In generale, secondo il legislatore, il contratto in esame è il contratto in senso ampio, ovvero non si intende il contratto tra i professionisti e i condomini soltanto, ma comprende anche il contratto tra i professionisti e le imprese di costruzione immobiliare prima che i condomini scelgano i professionisti della gestione della proprietà. Cfr. HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 899.

⁴⁹⁰ Si veda l’art. 33 Le imprese che svolgono attività di gestione della proprietà devono avere personalità giuridica indipendente. Lo Stato implementa un sistema di gestione delle qualifiche per le imprese impegnate in attività di gestione della proprietà. Le misure specifiche saranno formulate dal dipartimento amministrativo competente del Consiglio di Stato per la costruzione. Inoltre, l’art. 33 della *Ordinanza sulla gestione della proprietà* nel 2007 prevede anche che ‘Il personale impegnato nella gestione immobiliare deve ottenere certificati di qualifica professionale in conformità alle disposizioni dello Stato in materia’. L’ordinanza del 2016 ha abrogato tale articolo, però l’art. 59 determina la responsabilità della mancanza del certificato: nel caso in cui, in violazione delle disposizioni del presente regolamento, (il fornitore) si dedichi alla gestione della proprietà senza aver ottenuto un certificato di qualificazione, il dipartimento dell’amministrazione immobiliare del governo regionale a livello di contea o superiore gli confisca il reddito illegale e impone una multa non inferiore a 50.000 RMB e non superiore a 200.000 RMB; nel caso in cui il proprietario subisca un danno, il fornitore sarà tenuto a risarcire il danno in conformità alla legge. Se un certificato di qualificazione è ottenuto con mezzi fraudolenti, si applica una sanzione in conformità alle disposizioni del paragrafo 1 del presente articolo e il certificato di qualificazione è revocato dal dipartimento che lo ha rilasciato.

Inoltre — rispetto alla seconda differenza rilevata all’inizio — il contratto in esame è anche un contratto collettivo, secondo quanto affermato da Xu Diyu ⁴⁹¹. Ad avviso sempre di Xu Diyu, dunque, rispetto a quello tipico nel codice civile e al contratto di servizio generale, il contratto in esame ha superato il limite dell’effetto relativo del contratto generale in quanto ogni condomino è soggetto al contratto anche se il contratto non sia stato stipulato tra i singoli condomini e il prestatore di servizi ⁴⁹².

2.1.8 I contratti di commissione e i contratti di mediazione

Il contratto di commissione deriva dal contratto di mandato, ed è rispetto al mandato un contratto commerciale ⁴⁹³. Analogamente al contratto di mandato, il contratto in esame è anche un contratto avente ad oggetto l’attività lavorativa e mira alla gestione dell’affare di una parte, inoltre, il rapporto contrattuale si basa anche sulla fiducia tra due parti.

Art. 951 La commissione è il contratto con il quale il commissionario si obbliga a proprio nome al compimento di attività commerciali per conto del committente che corrisponde in cambio una provvigione ⁴⁹⁴.

Tuttavia, il contratto di commissione è un contratto indipendente e diverso dal mandato. Ad avviso di Xu Diyu e Zhang Jiayong, il commissionario gestisce l’affare a proprio nome, per cui il committente non è responsabile per il terzo ⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ XU DIYU, *Il modello cinese*, cit., p. 60 ss.

⁴⁹² Cfr. XU DIYU, *Il modello cinese*, cit., p. 56 ss.

⁴⁹³ Infatti, l’art. 960 prevede l’applicazione analoga delle norme del contratto di mandato nel contratto di commissione. Si veda l’art. 960 Per quanto non previsto nel presente titolo, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni relative al contratto di mandato.

⁴⁹⁴ HUANG MEILING (trad.), *Codice civile*, cit., p. 207.

⁴⁹⁵ Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 977.

Inoltre, l'ambito dell'applicazione del contratto, la qualificazione del prestatore di servizio, l'effetto contrattuale, l'assunzione delle spese sono anche gli aspetti che distinguono il contratto in esame e il modello di contratto di servizio, cioè il contratto di mandato, secondo quanto affermato da Huang Wei e gruppo di lavoro ⁴⁹⁶.

Art. 961 La mediazione è il contratto con il quale un mediatore indica al committente l'opportunità di concludere un contratto o fornisce servizi di intermediazione per la conclusione di un contratto e il committente corrisponde una provvigione ⁴⁹⁷.

Il contratto di mediazione è un contratto tipico di servizio, si colloca nel codice civile come l'ultimo contratto dei contratti tipici aventi ad oggetto il lavoro. Secondo la definizione del contratto nell'art. 961, il mediatore fornisce il servizio di intermediazione rispetto alla conclusione di un contratto per il committente e il terzo, e il committente corrisponde la provvigione quando il contratto è

⁴⁹⁶ Le differenze principali tra i due contratti sono: a) il commissionario è la persona o la società con la qualificazione specifica, la cui operazione serve l'autorizzazione o l'iscrizione nel dipartimento governativo; mentre il mandatario può essere l'individuo, la persona giuridica o enti non riconosciuti senza avere la qualificazione specifica; b) l'affare che gestisce il commissionario è solitamente l'attività commerciale, mentre l'affare nel mandato non ha il limite speciale; c) il commissionario gestisce l'affare con il nome proprio, mentre il mandatario gestisce con il nome del mandante o del nome proprio; d) il contratto stipulato tra il commissionario e il mandante è indipendente dal contratto stipulato tra il commissionario e la parte terza; mentre il contratto stipulato tra il mandatario e la parte terza vincola il mandante e la terza parte quando il mandatario gestisce l'affare con il nome del mandatario, in caso contrario, il contratto stipulato tra il mandatario e la terza parte vincola lo stesso il mandante e la terza parte se quest'ultima è consapevole del rapporto tra il mandatario e il mandante; e) il commissario gestisce con le spese proprie, mentre il mandatario gestisce con le spese anticipate dal mandante. Cfr. GRUPPO DI LAVORO SULL'APPLICAZIONE DEL CODICE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA DELLA CORTE, *Comprensione e applicazione*, cit., p. 2661; HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 959.

⁴⁹⁷ HUANG MEILING (trad.), *Codice civile*, cit., p. 209.

concluso ⁴⁹⁸. Analogamente, il contratto di mediazione deriva anche dal contratto di mandato. L'art. 966 determina infatti un'applicazione analoga nel contratto in esame alle discipline del contratto di mandato ⁴⁹⁹.

L'oggetto del contratto in esame è un'attività lavorativa come tutti i contratti di servizi, tuttavia, il pagamento del corrispettivo richiede un risultato specifico come quello nel contratto di appalto. Di conseguenza, il mediatore può chiedere il corrispettivo solo quando il contratto tra il committente e la parte terza è concluso ⁵⁰⁰, mentre il mandatario nel contratto di mandato ha il diritto al corrispettivo parziale corrispondente al lavoro prestato.

2.2 I contratti di servizi atipici nelle leggi speciali

I contratti atipici comuni sono quelli che sono applicati più frequentemente nella vita quotidiana, ed hanno più valore di riferimento nella giurisprudenza. Discuteremo quattro tipi di contratti di servizi atipici: il contratto di servizio per il viaggio, il contratto di servizio per il medico, il contratto di servizio per la spedizione e il contratto di servizio per la pulizia della casa periodica.

Il contratto di servizio per il viaggio è regolato nel capitolo V del *Diritto di viaggio*. Secondo l'art. 52 del diritto, le agenzie di viaggio devono stipulare il contratto di servizio per il viaggio con i viaggiatori per l'organizzazione e la sistemazione del viaggio ⁵⁰¹. Il diritto di viaggio prevede le obbligazioni delle

⁴⁹⁸ Si veda l'art. 961 La mediazione è il contratto con il quale un mediatore indica al committente l'opportunità di concludere un contratto o fornisce servizi di intermediazione per la conclusione di un contratto e il committente corrisponde una provvigione.

⁴⁹⁹ Si veda l'art. 966 Per quanto non previsto nel presente capo, si applicano in quanto compatibili le disposizioni pertinenti al contratto di mandato.

⁵⁰⁰ Per quanto riguarda tale differenza, vedremo nel §5.

⁵⁰¹ Si veda l'art. 52 del Diritto di viaggio (Conclusioni del contratto) L'agenzia di viaggio conclude un contratto con i turisti per l'organizzazione e la sistemazione di attività turistiche, e deve eseguire i propri obblighi concordati.

agenzie di viaggio, la risoluzione per motivo dei viaggiatori e la responsabilità delle agenzie etc. A causa della mancanza delle disposizioni nel contratto in esame, si applicano i principi generali del contratto presente nel codice civile cinese.

Il contratto di servizio per il medico è un contratto che regola il rapporto tra i pazienti e i medici. L'importanza di questo contratto sorge da numerose dispute tra le due parti, in quanto la coscienza dei propri diritti come pazienti si sta elevando con la riforma del sistema sanitario, come ritenuto da Liu Xuanlin⁵⁰². Tuttavia, la regolamentazione di essi risulta del tutto insufficiente nel diritto cinese. Il codice civile cinese inoltre ha determinato solo la responsabilità dei danni medici nel Titolo V del Libro VII (Delle responsabilità da fatto illecito). Infatti, la maggiore parte delle dispute è rappresentata dalla responsabilità per i danni medici. Tuttavia, la mancanza del contratto regolato nel Libro di contratto, per i rimedi creati nei rapporti di servizio medicale, si possono applicare solo le norme generali della responsabilità, mentre le responsabilità contrattuali sono trascurate. Dunque, bisogna integrare la responsabilità da fatto illecito e la responsabilità contrattuale per un regolamento più completo.

Il contratto per il servizio della spedizione è un contratto nuovo e moderno basato sul rapido sviluppo di *E-commerce*. Gli autori propongono la tipicizzazione del contratto in esame considerando l'universalità del rapporto giuridico della spedizione⁵⁰³. Il contratto in esame differisce dal contratto di trasporto per le diverse obbligazioni e responsabilità contrattuali. Per esempio,

⁵⁰² Cfr. LIU XUANLIN, *La codificazione del codice civile e la tipificazione del contratto di medico*, in *Research on Rule of Law*, III, 2019, p. 55.

⁵⁰³ Si veda ZHENG JIANING, *Tipicizzazione del contratto di servizio per la spedizione dalla prospettiva dell'espressione legislativa e il metodo dell'implementazione*, in *The Jurist*, I, 2019, p. 124 ss.; JIA YUPING, *Proposta degli articoli sul contratto di servizio per la spedizione del Libro di contratto nel codice civile cinese*, in *He Bei Law Science*, VII, 2019, p. 119 ss.

diversamente dall'obbligazione di informare il vettore del mittente nel contratto di trasporto, il mittente del contratto in esame ha l'obbligo di informare il vettore solo in relazione alle informazioni necessarie per prevenire la spedizione delle cose vietata o limitata per tale servizio; la responsabilità per il risarcimento della distruzione, perdita o danni delle merci che assume il vettore nel contratto in esame dovrebbe essere minore di quella che è a carico del vettore nel contratto di trasporto ⁵⁰⁴.

2.3 Il contratto di lavoro nel *Diritto del contratto di lavoro*

2.3.1 La storia della legislazione del lavoro in Cina

Benché il Diritto di lavoro sia stato promulgato nel 1997, la storia della legislazione del lavoro inizia dagli anni 50 del ventesimo secolo quando è fondata la repubblica popolare cinese. Tale storia è divisa in tre fasi in base alla nozione elaborata dagli studiosi per quanto riguarda la natura del diritto di lavoro.

Come si è visto, l'ideologia del diritto in Cina è passata dall'ideologia russa a quella della pandettistica, per cui all'inizio degli anni 50 del secolo scorso, gli studiosi sotto l'influenza del diritto socialista considerano un diritto di lavoro come il diritto pubblico ⁵⁰⁵. Dunque, l'idea del diritto di lavoro accentua la disuguaglianza nel rapporto di lavoro e nei rapporti personali tra il datore di lavoro e il lavoratore ⁵⁰⁶. Di conseguenza, è stata discussa per un lungo periodo se gli accordi dei contraenti possano essere assunti nel contratto di lavoro.

La promulgazione del *Diritto di contratto* ha determinato la tendenza dell'ideologia del diritto privato nell'ambito del diritto di lavoro. Vale a dire,

⁵⁰⁴ Cfr. ZHENG JIANING, *Tipicizzazione*, cit., p. 128-129.

⁵⁰⁵ Cfr. DONG BAOHUA, *I dibattiti e le considerazioni sulla legislazione di lavoro*, Shanghai, 2011, p. 344.

⁵⁰⁶ Si veda CHEN WENYUAN, *Le idee istruttive della legislazione di lavoro in Cina*, in *Journal of Beijing College of Politics and Law*, II, 1979, p. 32 ss.

l'idea dell'individuo ha acquistato la priorità nel diritto di lavoro, per cui gli autori valutano l'importanza dei principi del diritto privato: la libertà contrattuale, la uguaglianza e la volontarietà nel contratto, l'intervento limitato dello stato nel diritto privato, etc.⁵⁰⁷ Di conseguenza, molti autori giovani hanno iniziato lo studio del contratto di lavoro nell'ambito del diritto privato, ed hanno proposto la integrazione del diritto di contratto nel diritto del contratto di lavoro⁵⁰⁸.

Alla fine, la promulgazione del *Diritto del contratto di lavoro* ha reintrodotta l'ideologia del diritto privato nel contratto di lavoro. Il motivo fondamentale è la contraddizione tra la libertà contrattuale e la protezione dei 'deboli' lavoratori, cioè i prestatori di lavoro rispetto ai datori di lavoro nel contratto. Infatti, è sorta un'altra ideologia del diritto di lavoro dalla contraddizione: l'ideologia della natura sociale⁵⁰⁹. Il diritto di lavoro con la natura di sociale sottolinea la dualità del rapporto personale e del rapporto patrimoniale, la dualità della uguaglianza e subordinazione nel rapporto di lavoro⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ Cfr. DONG BAOHUA, *I dibattiti*, cit., p. 347-348.

⁵⁰⁸ Cfr. LI KUNANG, *Le limitazioni e gli equilibri nel 'Diritto del contratto di lavoro'*, in *Academic Journal of Zhongzhou*, VI, 2005, p. 81 ss.; FENG YANJUN, *Le interpretazioni e le applicazioni — l'analisi dell'art. 31 del Diritto di lavoro*, in *Jilin University Journal Social Sciences Edition*, II, 1999, p. 39 ss.

⁵⁰⁹ Il rappresentante di tale considerazione è Dong Baohua, si veda DONG BAOHUA, *Il meccanismo legale del regolamento sul rapporto di lavoro*, Shanghai, 2000, p. 41 ss.

⁵¹⁰ Cfr. DONG BAOHUA, *La ricerca giuridica della riforma sul sistema di lavoro*, in *China Legal Science*, V, 1992, p. 78-79.

2.3.2 Il rapporto tra il contratto di lavoro nel *Diritto del contratto di lavoro* e i contratti di servizi nel codice civile

Il rapporto tra il contratto di lavoro e i contratti di servizi è sempre stato discusso tra gli autori ⁵¹¹. Come si è visto in relazione alla natura del contratto di lavoro, vi sono due scuole di pensiero riguardo il rapporto tra i due tipi di contratto.

Innanzitutto, tra gli autori cinesi, il contratto di lavoro nel codice civile è stato chiamato diversamente dal contratto di lavoro fuori del codice, specialmente la parola lavoro. Il contratto di lavoro nel *Diritto di lavoro* e nel *Diritto del contratto di lavoro* è stato denominato come 劳动合同, in cui la prima parola 劳动 è la parola cinese di lavoro e la seconda parola 合同 significa il contratto. Mentre gli autori adottano un'altra parola per la denominazione del contratto di lavoro nel diritto privato: il contratto avente ad oggetto il lavoro nel diritto privato è stato chiamato come 雇佣合同. Dunque, la parola 'lavoro' è stata denominata in due modi diversi nel contratto di lavoro nella legge speciale e nel contratto di lavoro nel diritto privato. Per esempio, il *Dienstverträge* è stato tradotto come 雇佣合同 e l'*Arbeitsvertrag* è tradotto come 劳动合同.

⁵¹¹ Per esempio, LIN JIA, *Dei problemi giuridici del contratto di lavoro*, in *The Jurist*, VI, 2003, p. 65 ss.; SHEN JIANPING, *La ricerca del sistema del contratto di lavoro*, in *Study and Exploration*, III, 2006, p. 119 ss.; XIE ZENGYI, *La codificazione cit.*, p. 92 ss.; ZHENG SHANGYUAN, *La funzione e la posizione del contratto civile di lavoro e del contratto di lavoro nel contesto della codificazione del codice civile*, in *The Jurist*, VI, 2016, p. 57 ss.; DONG BAOHUA, *La riflessione della storia e l'analisi dell'attualità sulla legislazione del servizio e del lavoro*, in *Law Science*, V, 2016, p. 13 ss.; QIAN YEFANG, *Il futuro del contratto di lavoro nel contesto della codificazione del codice civile*, in *Zhejiang Academic Journal*, VI, 2018, p. 52 ss.

Tuttavia, poiché sappiamo che la differenza tra due contratti differisce in diversi paesi ⁵¹², non vi è, in realtà, una vera e propria differenza tra due 雇佣合同 e 劳动合同 neanche nel diritto cinese.

La prima scuola di pensiero — riguardante l'unificazione dei due tipi di contratto — sostiene che il contratto di lavoro sia una parte del diritto privato, i principi del diritto civile siano le basi del contratto di lavoro. Un tentativo tipico di questa scuola è che 雇佣合同 dovrebbe essere regolato nel codice civile come un contratto tipico ⁵¹³. I motivi di tale proposta consistono nel fatto per cui il contratto di lavoro non comprende tutti i tipi di rapporti di lavoro, e i rapporti giuridici civili aventi ad oggetto il lavoro non sono regolati nel *Diritto di contratto*.

Diversamente, la seconda scuola di pensiero afferma l'indipendenza del contratto di lavoro dal diritto civile. Gli autori affermano che il contratto di lavoro sia diverso dal diritto civile per l'intervento statale e il contratto collettivo ⁵¹⁴, ovvero per la disuguaglianza naturale tra le due parti ⁵¹⁵.

Alla fine, la promulgazione del codice civile cinese ha posto fine al dibattito tra le due scuole. Tuttavia, il codice civile non ha definito 雇佣合同 come un contratto tipico, per cui il regolamento del rapporto di lavoro non appartiene al

⁵¹² Xie Zengyi afferma che il *Dienstverträge* non accentua la subordinazione personale, la quale è il carattere del contratto di lavoro nel diritto tedesco; mentre 雇佣合同 e 劳动合同 nel diritto giapponese hanno un significato simile che entrambi comprendono la subordinazione nel rapporto, però vi sono anche gli autori che sostengono la differenza tra due tipi di contratti come quella nel diritto tedesco. La situazione nella ragione di Taiwan è simile con quella in Giappone. Si veda XIE ZENGYI, *La codificazione*, cit., 97-98.

⁵¹³ Cfr. SHEN JIANPING, *La ricerca*, cit., p. 121; XIE ZENGYI, *La codificazione*, cit., p. 110; ZHENG SHANGYUAN, *La funzione*, cit., p. 69; QIAN YEFANG, *Il futuro*, cit., p. 64.

⁵¹⁴ Cfr. LIN JIA, *Dei problemi*, cit., p. 67.

⁵¹⁵ Cfr. DONG BAOHUA, *La riflessione*, cit., p. 16.

Diritto di lavoro e al *Diritto del contratto di lavoro* continua ad essere il centro della discussione ⁵¹⁶.

In conclusione, il rapporto tra il lavoro ossia il servizio nel diritto privato e il lavoro nel *Diritto di lavoro* è un argomento poco osservato dagli autori. Il motivo principale consiste nel fatto che il lavoro (subordinato) regolato nel *Diritto di lavoro* è un concetto pubblico, sociale piuttosto che privato. Il lavoro non è accennato nel diritto privato come *Principi generale del diritto civile* (promulgato nel 1987 e abrogato nel 2021) e *Diritto del contratto*, per cui vi è anche la difficoltà a connettere il lavoro e il servizio, poiché quest'ultimo di solito è presentato nei diversi contratti tipici. Tuttavia, la promulgazione del codice civile ha offerto nuove occasioni per lo studio del rapporto tra il lavoro in generale e il servizio nel codice civile ⁵¹⁷.

3. Il diritto del lavoratore nella costituzione cinese: il principio fondamentale per la disciplina del contratto avente ad oggetto il lavoro

3.1 La necessità del riferimento della costituzione

Il contratto di lavoro nel diritto cinese (劳动合同) regola limitatamente il rapporto di lavoro. Da un lato, secondo l'art. 2 del *Diritto del contratto di lavoro (d.c.l.)*, il datore di lavoro nel contratto comprende solo le aziende, gli enti individuati economici, gli enti privati non imprenditoriali e gli altri enti; inoltre, gli

⁵¹⁶ Si veda ZHENG XIAOSHAN, *La natura giuridica del 'Diritto del contratto di lavoro' e il sistema di appartenenza*, in *Tsinghua University Law Journal*, III, 2022, p. 149 ss.

⁵¹⁷ Per la discussione del rapporto nel contesto del codice civile, si veda ZHENG SHANGYUAN, *La funzione*, cit., p. 57 ss.; ZHENG XIAOSHAN, *La riorganizzazione del sistema legale del lavoro nell'era del codice civile*, in *Ji Nan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, III, 2022, p. 90 ss.; ZHENG XIAOSHAN, *La natura giuridica*, cit., p. 149 ss.

organi dello stato, istituzioni pubbliche e associazioni ⁵¹⁸. Da l'altro lato, il contratto di lavoro è un contratto collettivo che, in base alla definizione nell'art. 3 della *Disposizione del contratto collettivo (d.c.c.)* ⁵¹⁹, intende un contratto stipulato tra l'ente (il datore di lavoro) e il dipendente (lavoratore) tramite la contrattazione collettiva. La contrattazione collettiva si realizza con la forma dell'assemblea ⁵²⁰.

Dunque, si può ritenere che il contratto di lavoro sia un contratto diverso dal contratto di servizio nel codice civile. Gli autori determinano il diritto di lavoro facendo riferimento al *Diritto di lavoro*, specialmente all'art. 3 di esso ⁵²¹. Inoltre, sono stabiliti anche diversi principi nel *Diritto di lavoro* per la retribuzione del lavoro quale corrisponde al corrispettivo nel contratto di servizio, come 'equal pay

⁵¹⁸ Si veda l'art. 2 del d.c.l. La presente legge applica alla costituzione del rapporto di lavoro tra l'azienda, l'enti individuo economico, l'enti privato non imprenditoriale, gli altri enti e il lavoratore (di seguito denominati datori di lavoro) all'interno della repubblica popolare cinese, nonché alla stipulazione, all'esecuzione, alla modifica, alla risoluzione e alla cessazione del contratto di lavoro.

⁵¹⁹ Si veda l'art. 3 della d.c.c. Il contratto collettivo di cui alle presenti disposizioni si riferisce a un accordo scritto firmato attraverso la contrattazione collettiva tra i datori di lavoro e i dipendenti propri in conformità alle disposizioni di legge, regolamenti, regole su questioni quali la retribuzione del lavoro, l'orario di lavoro, il riposo e le ferie, la sicurezza e la salute sul lavoro, la formazione professionale, l'assicurazione e la previdenza; il contratto collettivo speciale di cui alle presenti disposizioni si riferisce a un accordo scritto speciale firmato tra il datore di lavoro e i dipendenti propri in conformità con le disposizioni di leggi, regolamenti e regole su un particolare elemento della contrattazione collettiva.

⁵²⁰ Si veda l'art. 4 della d.c.c. La stipulazione del contratto collettivo o del contratto collettivo speciale tra l'ente e il dipendente, nonché la determinazione degli oggetti relativi, assumono una forma della contrattazione collettiva. La contrattazione collettiva è eseguita principalmente tramite l'assemblea di contrattazione.

⁵²¹ Cfr. WANG DEZHI, *La costruzione teorica del diritto di lavoro nella costituzione*, in *China Legal Science*, III, 2014, p. 73-74.

*for equal work*⁵²², il pagamento della retribuzione per il lavoro prestato quando il contratto è invalido⁵²³.

Di conseguenza, i diritti dei lavoratori nel diritto cinese appartengono principalmente ai lavoratori regolati nel *Diritto di lavoro*, cioè i lavoratori subordinati. Infatti, il *Diritto di lavoro* sembra avere anche una priorità nella costruzione per quanto riguarda il diritto di lavoro, secondo quanto affermato da Wang Dezhi⁵²⁴.

Tuttavia, il lavoro autonomo, specialmente i lavoratori autonomi nel contratto di servizio fanno parte anche del lavoro o dei lavoratori, il diritto di lavoro spetterebbe anche ai prestatori di servizi nel codice civile. In tale contesto, occorre riferire il diritto dei lavoratori regolato nella costituzione.

3.2 Il ruolo e i limiti della costituzione nella regolamentazione del lavoro nel codice civile

Come si è visto, la separazione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato nel diritto cinese ha trascurato la regolamentazione del primo nel contesto del lavoro generale. Dunque, si può ritenere che la costituzione e il Diritto pubblico possa costituire il riferimento per la regolamentazione del lavoro nel codice civile.

Per quanto riguarda il ruolo della costituzione, occorre trovare il diritto dei lavoratori nella costituzione compatibile con il codice civile che prometta la

⁵²² Si veda l'art. 11 del d.c.l. Se il datore di lavoro non stipula un contratto di lavoro scritto contemporaneamente all'assunzione e la retribuzione del lavoro concordata con i lavoratori non è chiara, la retribuzione dei nuovi assunti deve essere attuata in conformità con gli standard stipulati nel contratto collettivo; in assenza del contratto collettivo o il contratto collettivo non lo prevede, deve essere attuata la pari retribuzione per un lavoro di pari valore.

⁵²³ Si veda l'art. 28 del d.c.l. Se è confermato la nullità del contratto di lavoro, il datore di lavoro deve pagare la retribuzione del lavoro al lavoratore per il lavoro già prestato. L'importo della retribuzione del lavoro è determinato con riferimento alla retribuzione del lavoro dei lavoratori che occupano posizioni uguali o simili nello stesso ente.

⁵²⁴ Si veda WANG DEZHI, *La costruzione*, cit., p. 73 ss.

possibilità di applicazione dei diritti costituzionali nel codice civile. Innanzitutto, bisogna chiarire il contenuto del lavoro nella costituzione. Il lavoro riferito dalla costituzione è un lavoro generale che comprende non solo il lavoro manuale, ma anche il lavoro intellettuale, il lavoro di servizio, il lavoro commerciale, il lavoro pubblico, etc., come è stato ritenuto da Wang Dezhi ⁵²⁵. Di conseguenza, si può ritenere che a) i prestatori di tutte le forme di attività lavorativa siano i lavoratori regolati nella costituzione; b) i diritti dei lavoratori assumono un ruolo di principio riguardo le obbligazioni contrattuali e i diritti contrattuali nei contratti di servizi nella compatibilità dell'obbligazione contrattuale.

Tuttavia, i principi del codice civile — il principio volutaristico ⁵²⁶, il principio di equità ⁵²⁷, il principio di uguaglianza ⁵²⁸ — hanno la priorità rispetto a quelli della costituzione. In particolare, i principi sopramenzionati non sono compatibili con i principi costituzionali relativi al diritto del lavoro dove è stata sottolineata la protezione del lavoro e del lavoratore ⁵²⁹. Infatti, il contratto di

⁵²⁵ Cfr. WANG DEZHI, *La costruzione*, cit., p. 80.

⁵²⁶ Si veda l'art. 5 del codice civile I soggetti di diritto devono svolgere le attività giuridiche conformandosi al principio volutaristico e costituiscono, modificano o estinguono i rapporti giuridici secondo la loro volontà.

⁵²⁷ Si veda l'art. 6 del codice civile I soggetti di diritto devono svolgere le attività giuridiche conformandosi al principio di equità e determinano secondo ragione i diritti e gli obblighi di ciascuna parte.

⁵²⁸ Si veda l'art. 2 del codice civile Il diritto civile regola i rapporti personali e patrimoniali tra persone fisiche, persone giuridiche ed enti non riconosciuti, che sono soggetti con il medesimo stato; l'art. 4 del c.c.c. Tutti i soggetti di diritto hanno il medesimo stato giuridico nelle attività giuridiche.

⁵²⁹ Si veda l'art. 42 della costituzione I cittadini della Repubblica Popolare Cinese hanno il diritto e il dovere di lavorare. Attraverso vari strumenti, lo Stato crea le condizioni per il lavoro e l'occupazione, rafforza la protezione del lavoro, migliora le condizioni di lavoro e, sulla base dello sviluppo della produzione, aumenta la retribuzione del lavoro e le prestazioni sociali. Il lavoro è un dovere onorevole per tutti i cittadini in grado di lavorare. Tutti i lavoratori delle imprese statali e delle organizzazioni economiche collettive urbane e rurali devono trattare il loro lavoro con l'atteggiamento di padroni dello Stato. Lo Stato sostiene le gare di lavoro socialiste e premia i lavoratori esemplari e i lavoratori avanzati. Lo Stato chiede ai

lavoro dovrebbe essere regolato fuori dal codice civile per mantenere l'uguaglianza formale nel codice civile, secondo quanto affermato da Lou Yu ⁵³⁰.

Di conseguenza, considerando la compatibilità tra la costituzione (e il diritto di lavoro) e il codice civile, si può ritenere che il principio della distribuzione secondo il lavoro prestato — ossia la quantità di lavoro è il principale criterio e forma di distribuzione dei singoli beni di consumo — sia anche un principio importante per la remunerazione del lavoro nel codice civile.

Art. 6 della cost.cn Il regime economico socialista della repubblica popolare cinese si basa sulla proprietà pubblica socialista dei mezzi della produzione, ossia sulla proprietà universale e sulla proprietà collettiva delle masse lavoratrici. Il regime socialista elimina il sistema di sfruttamento dell'uomo da parte dell'uomo, attua il principio di operare in base alla propria capacità e della distribuzione secondo il lavoro prestato. Nella fase primaria del socialismo, lo stato sostiene il sistema fondamentale dell'economia socialista attraverso il simultaneo sviluppo di molteplici forme di proprietà con quella pubblica che svolge un ruolo dominante, sostiene il sistema fondamentale della distribuzione attraverso la coesistenza di diversi modi di distribuzione, secondo il criterio del lavoro prestato che assume un ruolo preminente

⁵³¹.

Il principio della distribuzione secondo il lavoro prestato sorgeva nel corso della diffusione del marxismo in Cina. L'adozione e lo stato di tale principio nella costituzione, in realtà, rappresenta un processo di conoscenza del principio,

cittadini di impegnarsi nel lavoro obbligatorio. Lo Stato fornisce ai cittadini la formazione necessaria per il lavoro e l'occupazione prima che vengano assunti.

⁵³⁰ LOU YU, *La scelta del codice civile tra il contratto di lavoro (劳动) e il contratto di lavoro (雇佣)*, in *Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law)*, V, 2019, p. 150.

⁵³¹ Tale principio relativa alla distribuzione è regolato anche nel *Diritto di lavoro*: Art. 46 La distribuzione dei salari dovrebbe seguire il principio della distribuzione in base al lavoro e l'attuazione della parità di retribuzione a parità di lavoro. I livelli salariali saranno gradualmente aumentati sulla base dello sviluppo economico. Lo Stato esercita un macro-controllo sull'importo totale dei salari.

secondo quanto affermato da Li Xiang ⁵³². Infatti, ad avviso di Yan Tian, il principio della distribuzione secondo il lavoro prestato è un principio stabilito nella riforma del sistema economico in Cina; la costituzione nell'art. 6 prevede che lo stato sostenga la coesistenza di diversi modi di distribuzione, secondo il criterio del lavoro prestato il quale assume un ruolo preminente. Dunque, il principio ha un valore in relazione alla realizzazione dell'efficienza, della novità e della condivisione economica ⁵³³.

In definitiva, per quanto riguarda il ruolo da attribuire a tale principio nel codice civile, occorre promuovere una interpretazione relativa all'argomento. Vale a dire, la sua applicazione nel codice civile dovrebbe conformare il valore del diritto privato, specialmente quello del contratto e del lavoro.

Il principio in esame intende la determinazione della remunerazione della manodopera al prezzo di mercato, secondo quanto affermato da Yan Tian ⁵³⁴, il quale conferisce un diritto di corrispettivo al lavoratore del contratto. Con tale principio, il corrispettivo del lavoro prestato ha una sua base teorica anche se fosse confermata la nullità del contratto. In quest'ultimo caso, infatti, tale corrispettivo assumerebbe la forma quale risarcimento dei danni ⁵³⁵. Di conseguenza, si può ritenere anche che con il principio costituzionale in esame, la sua applicazione nei contratti di servizi sia limitata solo rispetto alla determinazione del corrispettivo. In particolare, il riferimento alla costituzione, cioè a tale principio nel contratto avente ad oggetto il lavoro, appare poter

⁵³² LI XIANG, *Il principio della distribuzione secondo il lavoro prestato in Cina*, in *Peking University Law Journal*, V, 2019, p. 1197, p. 1214-1216.

⁵³³ Cfr. YAN TIAN, *Il significato moderno della distribuzione in proporzione al lavoro nella costituzione*, in *Law Review*, I, 2022, p. 50 ss.

⁵³⁴ Cfr. YAN TIAN, *Il significato*, cit., p. 42.

⁵³⁵ Su cui vedremo nel §4.4.2.

sussistere solo nel caso in cui venga determinato il corrispettivo a seconda del lavoro prestato.

4. Le obbligazioni e il rischio contrattuale nel contratto di mandato: il tentativo di una disciplina generale per la regolamentazione del lavoro nel codice civile cinese

Il lavoro autonomo nel codice civile cinese è regolato separatamente nei diversi contratti, come si è visto nel capitolo precedente a proposito del concetto di contratto avente ad oggetto il lavoro, ossia i contratti di servizi⁵³⁶. Tuttavia, la mancanza della regolamentazione generale del contratto di servizio rende necessario il rilevamento di un modello per tale tipologia di contratto. Il principio generale dell'obbligazione contrattuale fa da punto di riferimento ai contratti di servizi sia per le regole incomplete degli altri contratti tipici relativi, sia per i contratti di servizi atipici.

4.1 Il mandato oneroso come il modello del contratto di servizio generale

Nel codice civile cinese, il mandato oneroso rappresenta una tipologia generale del contratto di servizio.

Art. 919 Il mandato è il contratto con il quale il mandante e il mandatario convengono che questo compia affari per conto del mandante⁵³⁷.

⁵³⁶ Per quanto riguarda il concetto di contratto di servizio, si veda §4 del capitolo II.

⁵³⁷ HUANG MEILING (trad.), *Codice civile*, cit., p. 200.

Comma 1 dell'art. 928 Se il mandatario ha portato a termine l'affare affidatogli, il mandante dovrà corrispondergli il corrispettivo in conformità con il contratto ⁵³⁸.

Innanzitutto, secondo l'art. 919, il mandatario 'compie affari' per conto del mandante, per cui il compimento degli affari è un *facere*, che generalmente è un tipo di servizio, secondo quanto affermato da Huang Wei ⁵³⁹.

Diversamente dall'oggetto del mandato regolato nell'art. 1703 del codice civile italiano ⁵⁴⁰, il concetto di 'affari' nel codice civile cinese non sottolinea la natura giuridica dell'attività ⁵⁴¹. Il mandatario può compiere sia gli atti giuridici — l'evento causativo di conseguenze giuridiche consiste in un'azione umana ⁵⁴² — sia i fatti giuridici in senso stretto — quando determinate conseguenze giuridiche sono poste in relazione ad un certo evento senza che assuma rilievo se a causarlo sia intervenuto o meno l'uomo ⁵⁴³ —. Xu Diyu e Zhang Jiayong aggiungono come l'affare che gestisce il mandatario può consistere negli atti patrimoniali e negli atti non patrimoniali, può consistere negli atti del diritto positivo sostanziale o del diritto processuale ⁵⁴⁴. Infatti, secondo quanto sottolineato da Huang Wei, l'affare affidato nel mandato deve restare solo nei limiti del lecito ⁵⁴⁵.

⁵³⁸ HUANG MEILING (trad.), *Codice civile*, cit., p. 201.

⁵³⁹ Huang Wei afferma che l'oggetto del contratto è il lavoro. Cfr. HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 865.

⁵⁴⁰ Si veda l'art. 1703 Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra.

⁵⁴¹ La definizione del mandato nell'art. 919 non limita la natura dell'affare, inoltre, l'interpretazione del legislatore ammette anche la possibilità dell'affare non giuridico, per esempio, un impegno relativo alla custodia. Si veda HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 867.

⁵⁴² Cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2018, p. 205.

⁵⁴³ Cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale*, cit., p. 205.

⁵⁴⁴ Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 950.

⁵⁴⁵ Cfr. HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 865.

Dunque, si può ottenere che l'oggetto del mandato corrisponda con l'oggetto del contratto di servizio, cioè l'attività lavorativa. Il mandato cinese potrebbe racchiudere diversi tipi di servizi.

Inoltre, l'attività del mandatario può essere sia manuale sia intellettuale, così come il risultato dell'affare. L'ampia estensione del compimento di affari può superare i limiti del contratto di appalto come il modello di contratto di servizio anche se questo sia la forma più corrispondente alla *locatio conductio operis*, in quanto quest'ultima richiede un risultato materiale dell'attività lavorativa. In questo senso, il mandato nel codice civile cinese svolge il ruolo del contratto d'opera nel codice civile italiano, che è un contratto con l'oggetto di lavoro più generale rispetto ad altri contratti tipici.

Come si è visto nel comma 2 dell'art. 928, il codice non accentua la gratuità del mandato⁵⁴⁶. Tale caratteristica del mandato cinese è un'innovazione rispetto alla tradizione romanistica che ha superato la tipicità della gratuità del mandato nel diritto romano. In realtà, il motivo della onerosità deriva dal sistema dualistico del diritto civile e diritto commerciale, per cui la forma comune del contratto di

⁵⁴⁶ Tale conclusione si può dedurre dagli articoli relativi. Innanzitutto, la gratuità o l'onerosità non è rilevata nella definizione del contratto nell'art. 919; inoltre, l'art. 928 determina l'obbligazione di pagamento del mandante in conformità con il contratto. Si veda l'art. 921 Il mandante deve corrispondere in anticipo le spese per la gestione degli affari affidati. Se il mandatario corrisponde in anticipo le spese necessarie per la gestione degli affari affidati, il mandante deve restituirgli l'importo con gli interessi. Si veda l'art. 928 Se il mandatario ha portato a termine l'affare affidatogli, il mandante dovrà corrispondergli il corrispettivo in conformità con il contratto. Se il mandato venga risolto o questo non possa essere eseguito per una causa non imputabile al mandatario, il mandante deve corrispondergli la remunerazione convenuta, salvo diverso accordo tra le parti. Vi è anche l'opinione che discernere tra il mandato civile e il mandato commerciale, essendo il primo è gratuito invece l'ultimo oneroso. Si veda CUI JIANYUAN, *Il diritto di contratto*, cit., p. 508.

mandato oneroso nel diritto commerciale costituisce anche un tipo principale di mandato nel codice civile, stando a quanto rilevato da Li Jianwei ⁵⁴⁷.

Dunque, il mandato oneroso è un contratto a prestazioni corrispettive, per cui l'onerosità del mandato determina l'applicabilità del sinallagma di *merces-uti frui*, rispetto proprio al contenuto obbligatorio e al valore esplicito dall'attività lavorativa. In questo caso, il mandato oneroso nel diritto cinese non si delimita nei contratti come il *Dienstvertrag* o il *Werkvertrag* del BGB ⁵⁴⁸, per cui ai rapporti contrattuali derivati dai servizi non regolati nel codice si potrebbero applicare le norme del mandato ⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ Secondo Li Jianwei, la forma principale è il mandato oneroso nel diritto cinese in ragione del sistema misto di diritto civile e di diritto commerciale. Cfr. LI JIANWEI, *Dei problemi importanti relativi alla legislazione nel Libro del contratto nel codice civile cinese*, in *Political science and law*, VII, 2017, p. 23-24.

⁵⁴⁸ L'art. 675 del BGB prevede che *Dienstvertrag* e *Dienstvertrag* siano in realtà i rapporti di mandato oneroso. Si veda l'art. 675 (*Entgeltliche Geschäftsbesorgung*) (1) *Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, finden, soweit in diesem Untertitel nichts Abweichendes bestimmt wird, die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung.* (2) *Wer einem anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, ist, unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis, einer unerlaubten Handlung oder einer sonstigen gesetzlichen Bestimmung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatz des aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet.* (3) *Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, die Anmeldung oder Registrierung des anderen Teils zur Teilnahme an Gewinnspielen zu bewirken, die von einem Dritten durchgeführt werden, bedarf der Textform.*

⁵⁴⁹ Le norme che possono essere applicate devono corrispondere con la natura dei rapporti di servizi. In particolare, la norma relativa alla risoluzione del contratto come l'art. 933, la cui applicabilità dipende dalla verifica che il rapporto tra i contraenti abbia una natura di mandato. In caso negativo, in relazione al diritto di risolvere il contratto, si applica l'art. 528, l'art. 533, l'art. 562 e l'art. 563 del codice civile. Si veda l'art. 528 la parte che sospende l'adempimento conformemente alle disposizioni dell'articolo precedente deve comunicarlo all'altra tempestivamente. L'adempimento deve essere ripreso se l'altra parte fornisca adeguata garanzia. Dopo che una parte sospende l'adempimento, se l'altra non riesca a recuperare la sua capacità di adempiere né fornisca adeguata garanzia entro un periodo di tempo ragionevole, si deve ritenere che la propria condotta si debba considerare come inadempimento del debito principale e la parte che sospende la prestazione può risolvere il contratto e chiedere all'altra di rispondere dell'inadempimento; l'art.

Inoltre, il rapporto speciale basato sulla fiducia reciproca giustifica ulteriormente anche il mandato come il modello di contratto di servizio ⁵⁵⁰. La fiducia reciproca infatti è la base del rapporto contrattuale di mandato, su cui è definita l'obbligazione dei contraenti. Tale fiducia esiste anche in molti contratti continuativi di cui il contratto di servizio costituisce la maggiore parte, secondo la riflessione di Han Shiyuan ⁵⁵¹.

Infine, il contratto di mandato oneroso come il modello di contratto di servizio assume principalmente il ruolo quale diritto generale per i contratti aventi ad oggetto il lavoro. Per esempio, le obbligazioni fondamentali della prestazione lavorativa, il diritto del corrispettivo, la responsabilità contrattuale fondamentale

533 Dopo la conclusione di un contratto, se si verifichi una modifica significativa di una situazione fondamentale imprevedibile al momento dell'accordo che non sia configurabile come rischio commerciale, al punto da rendere palesemente ingiusta per una delle parti la prosecuzione dell'adempimento del contratto, la parte sfavorita può trattare nuovamente con l'altra; se non possa essere raggiunto un accordo entro un ragionevole periodo di tempo, le parti possono chiedere al Tribunale del popolo o a un'istituzione arbitrale di modificare o risolvere il contratto. Il Tribunale del popolo o un'istituzione arbitrale deve modificare o risolvere il contratto nel rispetto del principio di equità, tenendo conto delle circostanze effettive del caso; l'art. 562 Le parti possono risolvere il contratto previo accordo a seguito di trattative. Le parti possono concordare i motivi di risoluzione del contratto da parte di una di esse. Quando ricorre un motivo di risoluzione del contratto, la parte avente diritto alla risoluzione può chiederla; l'art 563 Le parti possono risolvere il contratto in una delle circostanze di seguito indicate: (1) impossibilità di raggiungere lo scopo del contratto a causa di forza maggiore; (2) dichiarazione o manifestazione implicita della volontà di non adempiere l'obbligazione principale mediante comportamenti concludenti espressi da una delle parti prima del sopraggiungere del termine di adempimento; (3) adempimento tardivo del debito principale di una delle parti e prosecuzione dell'inadempimento entro un periodo di tempo ragionevole dopo aver ricevuto l'intimazione; (4) tardivo adempimento del debito o altre ipotesi di inadempimento del contratto ad opera di una delle parti tali da rendere impossibile il raggiungimento dello scopo di esso; (5) qualsiasi altra circostanza prevista dalla legge. Le parti possono risolvere in qualsiasi momento il contratto in base al quale il debitore è tenuto ad adempiere in modo continuativo una prestazione per un periodo di tempo indefinito a condizione che l'altra parte ne sia informata entro un periodo di tempo ragionevole.

⁵⁵⁰ Per quanto riguarda la fiducia nel mandato, vedremo subito nel §4.2.

⁵⁵¹ Si veda HAN SHIYUAN, *Il diritto di contratto*, Pechino, 2011, p. 65.

etc. Però, come si è visto nell'indagine precedente relativa ai singoli contratti tipici, vi sono anche le obbligazioni specifiche in vari rapporti di servizio che differiscono da quelle presenti nel contratto di mandato.

4.2 Le obbligazioni del mandatario

4.2.1 L'obbligazione di rispettare le istruzioni fornite dal mandante

L'articolo 921 prevede l'obbligazione di compiere l'affare da parte del mandatario. Il testo dell'articolo esprime due articolazioni obbligatorie, a) il mandatario deve compiere l'affare secondo le istruzioni fornite dal mandante, b) il mandatario può modificare le istruzioni con il consenso del mandante, o quando è necessario, ma nell'ultimo caso, il mandatario deve gestire adeguatamente l'affare e deve comunicare al mandante appena possibile.

Art. 922 Il mandatario deve compiere l'affare affidatogli secondo le istruzioni fornite dal mandante. Se sia necessario modificarle, la modifica deve essere accettata dal mandante; se la situazione è urgente ed è difficile ottenere il consenso del mandante, il mandatario deve gestire adeguatamente l'affare affidatogli e, successivamente, deve comunicare in modo tempestivo la situazione al mandante ⁵⁵².

Nel mandato, il rapporto tra il mandatario e il mandante è più dipendente rispetto ad altri rapporti di servizio, per esempio l'appalto. Il mandatario nell'adempimento non condivide una piena autonomia, in quanto egli deve eseguire il contratto a seconda delle istruzioni fornite dal mandante. Il motivo di questa dipendenza deriva dalla natura del mandato, cioè il mandatario lavora soltanto per l'interesse del mandante. Come affermato da Xu Diyu e Zhang Jiayong, il mandante è quello che decide l'interesse migliore per sé stesso, per cui

⁵⁵² HUANG MEILING (trad.), *Codice civile*, cit., p. 220.

il mandatario deve rispettare le istruzioni fornite dal mandante, le quali sono gli elementi fondamentali del contratto ⁵⁵³.

Conseguentemente, la seconda frase della norma conferisce il diritto di modificare le istruzioni fornite dal mandante. Tale modificazione accade in due situazioni: quando è consentita dal mandante o quando è necessario. Nel caso in cui le modificazioni non possano essere consentite dal mandante, il mandatario deve gestire l'affare adeguatamente, per cui al mandatario è conferita l'autonomia di gestire l'affare senza le istruzioni fornite dal mandante. Di conseguenza, secondo il gruppo di lavoro sull'applicazione del codice civile della corte suprema (a cui da adesso ci riferiremo con 'il gruppo di lavoro'), tale norma rappresenta un coordinamento dell'indipendenza e dell'autonomia del mandatario ⁵⁵⁴.

Tuttavia, vi sono diverse opinioni sulla composizione della necessità prevista nell'articolo in esame. Secondo il gruppo di lavoro, la necessità comprende tre condizioni: la situazione urgente, la difficoltà del contatto con il mandante e la presunzione del consentito del mandante ⁵⁵⁵. Tuttavia, l'ultima condizione non è considerata come un elemento decisivo della necessità, secondo quanto osservato da Xu Diyu e Zhang Jiayong ⁵⁵⁶. Inoltre, Huang Wei afferma che oltre ai primi due criteri, le modificazioni delle istruzioni debbano essere fatte nell'interesse del mandante ⁵⁵⁷.

⁵⁵³ Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 952.

⁵⁵⁴ Cfr. GRUPPO DI LAVORO SULL' APPLICAZIONE DEL CODICE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA DELLA CORTE, *Comprensione e applicazione*, cit., p. 2483-2484.

⁵⁵⁵ Cfr. GRUPPO DI LAVORO SULL' APPLICAZIONE DEL CODICE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA DELLA CORTE, *Comprensione e applicazione*, cit., p. 2484.

⁵⁵⁶ Si veda XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 952-953.

⁵⁵⁷ Cfr. HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 873.

Come si è visto nel testo dell'articolo in esame, la presunzione del consentito del mandante è dedotta da 'gestire adeguatamente l'affare', per cui secondo Huang Wei, il modo adeguato equivale al consentito presunto del mandante. Tuttavia, 'gestire adeguatamente l'affare' è un risultato derivato da motivi per cui la situazione sia urgente e sia difficile ottenere il consenso del mandante a seconda della collocazione della frase in considerazione rispetto all'intera previsione contenuta nell'articolo. Vale a dire, le condizioni relative alla modificazione delle istruzioni senza consenso del mandante sono soltanto due: gestire l'affare adeguatamente e comunicare al mandante. Le modificazioni fatte per l'interesse del mandante sono le conclusioni delle situazioni promesse.

4.2.2 L'obbligazione di informazione e di consegnare i beni requisiti

L'obbligazione di informazione è l'obbligazione di informare sulle situazioni e sul risultato della gestione dell'affare.

Art. 924 Il mandatario dovrà, su richiesta del mandante, comunicargli l'andamento dell'affare affidatogli. Alla scadenza dell'incarico, il mandatario dovrà riferire sul risultato dell'affare affidatogli ⁵⁵⁸.

Innanzitutto, l'idea comune è che l'obbligazione di informazione da parte del mandatario sia un'obbligazione normativa. I contraenti pertanto non possono reclamare che l'obbligazione non esistesse per mancanza di accordi nel contratto ⁵⁵⁹.

Tale obbligazione è un'obbligazione accessoria. Il gruppo di lavoro afferma che l'obbligazione di informazione possa essere di tre tipi: a) informare il mandante

⁵⁵⁸ HUANG MEILING (trad.), *Codice civile*, cit., p. 200.

⁵⁵⁹ Cfr. GRUPPO DI LAVORO SULL'APPLICAZIONE DEL CODICE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA DELLA CORTE, *Comprensione e applicazione*, cit., p. 2493; XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 954.

durante la gestione dell'affare a seconda delle istruzioni fornite dal mandante, b) informare il mandante quando è necessario anche se non siano fornite le istruzioni, c) informare il mandante sia sulle condizioni sia sul risultato della gestione ⁵⁶⁰. In particolare, la seconda tipologia di obbligazione è una rappresentazione della *bona fides* del mandatario, secondo quanto osservato Xu Diyu e Zhang Jiayong ⁵⁶¹.

In realtà, la *bona fides* del mandatario nel mandato si basa sul rapporto speciale di fiducia tra i contraenti. Sappiamo che il diritto discrezionale di risoluzione del contratto, per il cui esercizio non occorrono le precondizioni come quelle nel contratto generale ⁵⁶², appartiene ad entrambe i contraenti. Tale diritto deriva da una fiducia reciproca tra il mandato e il mandatario, ove entrambi si accordano per la fiducia e la conoscenza reciproche, per cui una parte può risolvere il contratto quando la fiducia non esiste più, come affermato da Cui Jianyuan ⁵⁶³. La decisione dell'inesistenza della fiducia è soggettiva e personale, per cui una parte decide di risolvere il contratto senza nessun motivo specifico, stando a quanto rilevato da Cui Jianyuan e Long Jun ⁵⁶⁴. Di conseguenza, la fiducia nel mandatario riposta dal mandante esige dal mandatario di informare il mandante delle condizioni sulla gestione quando vi ricorre la necessità.

Infine, l'informazione del risultato finale relativo alla gestione dell'affare, specialmente la consegna dei beni requisiti durante la trattazione degli affari

⁵⁶⁰ Cfr. GRUPPO DI LAVORO SULL'APPLICAZIONE DEL CODICE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA DELLA CORTE, *Comprensione e applicazione*, cit., p. 2492.

⁵⁶¹ Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 954.

⁵⁶² Si veda l'art. 528, l'art. 533, l'art. 562 e l'art. 563.

⁵⁶³ Cfr. CUI JIANYUAN, *Il diritto di contratto*, cit., p. 508.

⁵⁶⁴ Cfr. CUI JIANYUAN, LONG JUN, *Il diritto della risoluzione del contratto arbitrario e i limiti nel mandato — commento e chiarimento sulla sentenza del 'Panqi Shanghai S.r.l VS. Panqi industria S.r.l.'*, in *Chinese Journal of Law*, VI, 2008, p. 76.

affidatigli ⁵⁶⁵, in realtà, è come una consegna del risultato nell'appalto che completa l'obbligazione contrattuale del prestatore di lavoro. Come osservato da Xu Diyu e Zhang Jiayong, l'informazione alla scadenza dell'incarico sorge senza la richiesta del mandante. Successivamente, il mandante potrebbe ricevere il risultato della gestione e chiedere la consegna di qualsiasi bene acquistato durante la trattazione degli affari affidatigli, come sottolineato da Xu Diyu e Zhang Jiayong ⁵⁶⁶. Inoltre, i beni comprendono tutti i tipi di beni, per esempio, beni mobiliari e immobiliari, la proprietà intellettuale e il titolo negoziabile, secondo quanto affermato dal gruppo di lavoro ⁵⁶⁷.

4.3 Le obbligazioni del mandante

4.3.1 L'obbligazione di anticipare le spese e di restituire le spese medesime

Corrispondere in anticipo le spese per il mandatario è una delle obbligazioni normative del mandante ⁵⁶⁸.

Art. 921 Il mandante deve corrispondere in anticipo le spese per la gestione degli affari affidati. Se il mandatario corrisponda in anticipo le spese necessarie per la gestione degli affari affidati, il mandante deve restituirgli l'importo con gli interessi ⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ Per l'obbligazione di consegnare i beni requisiti, si veda l'art. 927 Il mandatario deve consegnare al mandante qualsiasi bene acquisito durante la trattazione degli affari affidatigli.

⁵⁶⁶ Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 954.

⁵⁶⁷ Cfr. GRUPPO DI LAVORO SULL'APPLICAZIONE DEL CODICE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA DELLA CORTE, *Comprensione e applicazione*, cit., p. 2512.

⁵⁶⁸ Le altre obbligazioni normative sono: accettare l'effetto legale del mandato; non permettersi di reincaricare e compensare i danni causati dal rischio. Cfr. GRUPPO DI LAVORO SULL'APPLICAZIONE DEL CODICE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA DELLA CORTE, *Comprensione e applicazione*, cit., p. 2497.

⁵⁶⁹ HUANG MEILING (trad.), *Codice civile*, cit., p. 200.

L'articolo prevede tre obbligazioni del mandante: a) corrispondere in anticipo le spese, b) restituire al mandatario le spese già pagate da quest'ultimo, c) restituire gli interessi dell'importo.

Innanzitutto, le spese nella prima obbligazione per il mandatario non è il corrispettivo dell'attività lavorativa prestata dal mandatario, secondo quanto affermato dal gruppo di lavoro⁵⁷⁰. Dunque, il mandato oneroso o gratuito non dipende dall'esistenza delle spese, in particolare, le spese non determinano il sinallagma nel mandato. Di conseguenza, il mandante non ha il diritto di ritenzione dei beni del mandatario se il contratto non sia adempiuto, come affermato da Zhuang Jiayuan⁵⁷¹.

Per quanto riguarda la seconda obbligazione, il motivo principale è che il mandatario non si obbliga a pagare le spese per la gestione dell'affare. Di conseguenza, le spese pagate dal mandatario devono essere restituite da parte del mandante.

Tuttavia, 'le spese necessarie' nel testo hanno posto un limite sulle spese restituite, cioè non tutte le spese sostenute per la gestione dell'affare possono essere restituite. La norma ha determinato un criterio generale con la parola 'necessarie', però la valutazione della necessità dipende dai casi specifici. Secondo il gruppo di lavoro, la necessità viene valutata da tre criteri: a) la connessione tra le spese e la gestione dell'affare, ovvero le spese non relative alla gestione non sono le spese necessarie, b) la razionalità delle spese, cioè la gestione non può essere eseguita bene senza le spese, c) l'adeguatezza delle spese, il mandatario deve gestire l'affare in modo adeguato, le spese non sono necessarie

⁵⁷⁰ Cfr. GRUPPO DI LAVORO SULL'APPLICAZIONE DEL CODICE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA DELLA CORTE, *Comprensione e applicazione*, cit., p. 2497.

⁵⁷¹ Cfr. ZHUANG JIAYUAN, *La costruzione del sistema del diritto di ritenzione: basarsi sulla connessione*, in *Studies in Law and Business*, III, 2022, p. 144. (2022) 湘 09 民终 974 号, (2021) 粤 01 民终 23448 号.

quando le spese superano di molto e notevolmente gli interessi ⁵⁷². Si può ritenere che la giurisprudenza preferisca una necessità oggettiva, quando le spese necessarie per la gestione dipendono dai criteri oggettivi riguardo la situazione specifica. Infatti, Xu Diyu e Zhang Jiayong affermano anche come le spese necessarie siano quelle che sono considerate necessarie oggettivamente ⁵⁷³. Invece Zhang Gu ritiene che la necessità qui può essere sia oggettiva sia soggettiva, facendo riferimento agli art. 669 e art. 670 del BGB ⁵⁷⁴. Secondo l'autore, l'art. 669 nel BGB intende le spese necessarie oggettive, invece l'art. 670 non accentua tale oggettività delle spese, dunque 'le spese necessarie' nell'art. 398 del *Diritto di contratto* (abrogato) — ovvero l'art. 921 del codice civile cinese — potrebbe essere interpretato riferendo gli articoli nel BGB che comprende le spese oggettive e le spese che sono considerate dal mandatario necessarie soggettivamente a seconda delle situazioni ⁵⁷⁵.

Riguardo la necessità delle spese, in realtà, la valutazione della necessità proviene dal mandante soggettivamente. In particolare, se le spese siano necessarie sono determinate dal mandante, in quanto il contratto è stipulato solo per l'interesse di questo. Di conseguenza, le spese considerate dal mandatario necessarie possono essere restituite dal mandante se quest'ultimo le considera come necessarie. Dunque, si può ritenere considerando l'interesse del mandante che le spese necessarie oggettive pagate dal mandatario possano essere restituite se tali spese valgono per l'interesse del mandante.

⁵⁷² Cfr. GRUPPO DI LAVORO SULL' APPLICAZIONE DEL CODICE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA DELLA CORTE, *Comprensione e applicazione*, cit., p. 2479-2480

⁵⁷³ Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 952.

⁵⁷⁴ Cfr. ZHANG GU, *Dei problemi sul Libro del contratto nel codice civile*, in *Research on Rule of Law*, I, 2019, p. 75-77.

⁵⁷⁵ Cfr. ZHANG GU, *Dei problemi*, cit., p. 76.

4.3.2 L'obbligazione di corrispondere il corrispettivo nel mandato oneroso

L'art. 928 prevede l'obbligazione del mandante nel mandato oneroso. La determinazione del corrispettivo e della quota proviene dagli accordi dei contraenti. Inoltre, gli usi possono costituire anche essi stessi le fonti del corrispettivo secondo l'art. 10 del codice civile cinese, come affermato da Gruppo di lavoro ⁵⁷⁶.

Art. 928 Se il mandatario ha portato a termine l'affare affidatogli, il mandante dovrà corrispondergli il corrispettivo in conformità con il contratto.

Se il mandato venga risolto o questo non possa essere eseguito per una causa non imputabile al mandatario, il mandante deve corrispondergli la remunerazione convenuta, salvo diverso accordo tra le parti ⁵⁷⁷.

L'articolo determina due regole: a) la regola del pagamento del corrispettivo quando è terminato l'affare, b) la regola del pagamento del corrispettivo quando è impossibile eseguire il contratto. Inoltre, l'ultima frase prevede anche il pagamento secondo gli accordi delle parti, frequente in giurisprudenza, per cui le parti possano concordare di non corrispondere il corrispettivo, secondo quanto osservato Xu Diyu e Zhang Jiayong ⁵⁷⁸.

Per quanto riguarda la prima regola, come si è visto, il contratto di mandato oneroso appare come una forma comune nel codice civile, come è stato

⁵⁷⁶ Si veda l'art. 10 Le controversie civili si risolvono a norma di legge o, in mancanza, possono trovare applicazione le consuetudini, purché non in contrasto con l'ordine pubblico o il buon costume. Cfr. GRUPPO DI LAVORO SULL'APPLICAZIONE DEL CODICE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA DELLA CORTE, *Comprensione e applicazione*, cit., p. 2514. Inoltre, secondo Cui Jianyuan, le consuetudini sono quelle locali. CUI JIANYUAN, *Il diritto di contratto*, cit., p. 513.

⁵⁷⁷ HUANG MEILING (trad.), *Codice civile*, cit., p. 201.

⁵⁷⁸ Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 958.

sottolineato da Li Jianwei ⁵⁷⁹, per cui vi sono le norme corrispondenti a tale carattere. Per esempio, il comma 1 dell'articolo in esame è una regola basilare l'obbligazione del mandante nel contratto di mandato oneroso. Tale obbligazione deriva dal sinallagma del *merces-uti frui* in cui *uti frui* rappresenta un valore prodotto dall'attività lavorativa quale è secondo lo schema locativo nella *locatio conductio operis e operarum*.

Tuttavia, vi è una divergenza relativa all'interpretazione di tale sinallagma nel contratto di mandato oneroso. Da un lato, secondo gli autori Cui Jianyuan, Long Jun e Yu Yantao che ammettono il sinallagma, la mercede come l'interesse del mandatario non cambia la natura del contratto dell'*Interessenwahrung*, dove una parte del contratto effettua il contratto per il conto di un'altra ⁵⁸⁰. Il mandante paga il corrispettivo per il lavoro prestato dal mandatario, anche se tale lavoro sia stato prestato per l'interesse di quest'ultimo, secondo l'opinione di Yun Yantao ⁵⁸¹. Dall'altro lato, Zhou Jianghong e Jiang Jiayi affermano che il contratto di mandato dove il mandatario gestisce l'affare anche per il conto di esso non comprenda un sinallagma del *merces-uti frui* per motivo del fatto che l'interesse del mandatario, diversamente dalla mercede, non è il corrispettivo del lavoro prestato da lui ⁵⁸².

⁵⁷⁹ Cfr. LI JIANWEI, *Dei problemi*, cit., p. 23-24.

⁵⁸⁰ Cfr. CUI JIANYUAN, LONG JUN, *Il diritto della risoluzione*, cit., p. 75 ss.; YU YANTAO, *La malfunzionante invisibile delle norme specifiche nel Diritto di contratto e la risoluzione propria*, in *Journal of Gansu University of Political Science and Law*, III, 2019, p. 118;

⁵⁸¹ Cfr. YU YANTAO, *La malfunzionante*, cit., p. 118.

⁵⁸² Cfr. ZHOU JIANGHONG, *Il risarcimento della risoluzione discrezionale nel contratto di mandato*, in *Research on Rule of Law*, III, 2017, p. 80; JIANG JIAYI, *Le basi e i limiti del diritto della risoluzione discrezionale del contratto di mandato*, in *Private law review*, II, 2017, p. 109.

Tale divergenza di opinioni sopra menzionata è sorta in una sentenza in cui la corte determina un rapporto tra le parti quale il contratto di mandato ⁵⁸³. Il mandatario agisce nell'interesse del mandante e di lui stesso che è diverso dal mandato tipico dove il mandatario agisce solo per il conto del mandante. In realtà, tale discordanza deriva da un discorso in cui l'interesse del mandatario nella gestione del contratto non cambia la natura del mandato, cioè l'*Interessenwahrung* ⁵⁸⁴. Come si è visto nel caso, il mandatario gestisce la vendita per il mandante in cambio di una mercede, il mandante affida la gestione della vendita al mandatario per un interesse proprio. Inoltre, il mandante concorda di conferire il diritto di ottenere il fatturato per la gestione della vendita da parte del mandatario. Dunque, l'interesse del mandatario e l'interesse del mandante costituiscono uno scambio. Infatti, secondo quanto affermato da Yun Yantao, l'*Interessengegensatz*, ovvero quando le due parti proteggono i propri interessi propri tramite lo scambio, non può cambiare la natura dell'*Interessenwahrung* nel contratto di mandato ⁵⁸⁵.

Nella parte terminale del comma 2, l'inadempimento del contratto regolato nel comma 2 è causato dal mandante o non è imputabile a nessuna parte. Il motivo che spinge il mandante può essere a) la risoluzione del contratto dal mandatario stando al comma 2, 3 e 4 dell'art. 563; può essere anche b) la mancanza delle spese pagate in anticipo dal mandante, secondo quanto rilevato da Huang Wei ⁵⁸⁶.

⁵⁸³ Nel caso del 'Panqi Shanghai S.r.l VS. Panqi industria S.r.l.', Panqi Shanghai S.r.l (ci riferiremo con 'PQ shanghai') è stato affidato dal Panqi industria S.r.l. (ci riferiremo con 'PQ industria') per la vendita delle merci prodotte dal PQ industria, il PQ shanghai profitta dal fatturato della vendita.

⁵⁸⁴ Cfr. MARTINEK/OMLOR, *Vorbem. zu §§ 662ff.*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin, 2017, p. 23-27; YU YANTAO, *La malfunzionante*, cit., p. 118.

⁵⁸⁵ Cfr. YU YANTAO, *La malfunzionante*, cit., p. 118.

⁵⁸⁶ Cfr. HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 883.

Infine, secondo quanto evidenziato da Huang Wei, Xu Diyu e Zhang Jiayong ⁵⁸⁷, c) le situazioni imputabili sono la forza maggiore, la causa di terzi e l'incidente (la morte del mandatario o mandante, il fallimento del mandante, e la perdita della capacità di agire).

Il contributo specifico dell'articolo in esame per la costruzione della struttura locativa consiste nel fatto che il codice ammetta il sinallagma del *merces-uti frui* quale valore prodotto dall'attività lavorativa nel mandato. Tale sinallagma è valido anche se il contratto non sia adempiuto. In tale caso, il corrispettivo è un corrispettivo parziale che corrisponde al lavoro prestato dal mandatario. Il mandatario ha prestato l'attività lavorativa anche se il contratto sia inadempito, conseguentemente questo ha diritto al corrispettivo, come è stato sottolineato da Xu Diyu e Zhang Jiayong ⁵⁸⁸. In particolare, per quanto osservato da Hu Kangsheng, la quota di tale corrispettivo parziale è decisa considerando il tempo necessario alla conclusione del lavoro e la dimensione dell'affare ⁵⁸⁹.

4.3.3 L'obbligazione della collaborazione

L'obbligazione di collaborare con il mandatario è l'obbligazione del mandante di fornire le istruzioni e di ricevere le informazioni della gestione dal mandatario. Le obbligazioni della collaborazione non sono regolate espressamente nel codice. Al contrario, gli obblighi di collaborare con il mandatario si trovano separatamente in diverse norme.

Innanzitutto, come si è visto nel §4.2.1, l'art. 922 provvede l'obbligazione del mandatario quale il rispetto delle istruzioni, secondo un meccanismo di

⁵⁸⁷ Si veda HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 883; XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 958.

⁵⁸⁸ Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 958.

⁵⁸⁹ Cfr. HU KANGSHENG, *Le interpretazioni del diritto di contratto della repubblica popolare cinese*, Pechino, 2013, p. 627.

corrispettivo ove il mandatario ha l'obbligo di fornire le istruzioni per la gestione dell'affare. Infatti, come affermato da Xu Diyu e Zhang Jiayong, le istruzioni sono gli elementi fondamentali del contratto ⁵⁹⁰. Le istruzioni possono essere il metodo, la forma, il periodo, il posto od il processo della gestione, stando a quanto rilevato dal gruppo di lavoro ⁵⁹¹, ma si possono intendere come tali semplicemente anche il risultato o il metodo della gestione, secondo Huang Wei ⁵⁹². Dunque, le istruzioni sono parti immancabili nel mandato, altrimenti il mandato non sarebbe costituito. In conclusione, l'obbligo di fornire le istruzioni relative al mandato costituisce la base della formazione del mandato e della gestione successiva del mandatario.

Inoltre, la ricezione delle informazioni è regolata nell'art. 924. Analogamente alla *probatio* nella *locatio conductio operis* ⁵⁹³, il ricevimento delle informazioni (anche il risultato della gestione) rappresenta un'obbligazione corrispettiva dell'obbligazione di informazione del mandatario. Tuttavia, va rilevato che il ricevimento delle informazioni e del risultato non implica una approvazione finale, dunque non fa sorgere il diritto al corrispettivo da parte del mandatario. Come affermato da Xu Diyu e Zhang Jiayong, l'obbligazione di informazione è composta dalle obbligazioni di fornire il conto, la lista e la fattura etc. allo scopo di informare il mandante sull'inizio e la fine della gestione ⁵⁹⁴. Il ricevimento delle informazioni fornite dal mandatario costituisce la natura stessa della

⁵⁹⁰ Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 952.

⁵⁹¹ Cfr. GRUPPO DI LAVORO SULL'APPLICAZIONE DEL CODICE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA DELLA CORTE, *Comprensione e applicazione*, cit., p. 2483.

⁵⁹² Cfr. HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 872.

⁵⁹³ Si veda §3.2.4 nel capitolo I.

⁵⁹⁴ Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 954. Per l'opinione simile, si veda anche CUI JIANYUAN, *Il diritto di contratto*, cit., p. 514.

collaborazione nel mandato. La determinazione dell'adempimento del contratto invece avviene dopo il ricevimento del risultato.

4.4 Il rischio contrattuale nel mandato e la responsabilità contrattuale

4.4.1 Il rischio del corrispettivo nel mandato

La regola generale del rischio contrattuale nel codice civile è fissata dall'art. 604 all'art. 610⁵⁹⁵. Tuttavia, i contratti di servizi, essendo i contratti aventi ad oggetto il lavoro, non possono applicare la regola del rischio programmata per il contratto di vendita che ha come oggetto la cessione dei beni mobiliari⁵⁹⁶.

L'art. 928 non solo prevede la regola del corrispettivo nel mandato oneroso, ma il comma 2 determina anche la regola del rischio del corrispettivo nel mandante.

Comma 2 dell'art. 928 Se il mandato venga risolto o questo non possa essere eseguito per una causa non imputabile al mandatario, il mandante deve corrispondergli la remunerazione convenuta, salvo diverso accordo tra le parti⁵⁹⁷.

Come si è visto nel §4.3.2, secondo il testo del comma 2, il mandante è accollato della responsabilità relativa al corrispettivo quando l'inadempimento non sia

⁵⁹⁵ La regola del rischio contrattuale è in realtà la regola del rischio nel contratto di vendita, il quale è un contratto generale dei contratti tipici nel codice civile. L'art. 646 prevede che se vi siano disposizioni di legge che disciplinano altri contratti non gratuiti, devono essere seguite. In mancanza di tali disposizioni si applicano in quanto compatibili quelle sui contratti di vendita.

⁵⁹⁶ Cfr. YI JUN, *L'applicazione analogica delle norme del contratto di vendita per altri contratti onerosi*, in *Research on Rule of Law*, I, 2016, p. 101.

⁵⁹⁷ HUANG MEILING (trad.), *Codice civile*, cit., p. 201.

imputabile a entrambe i contraenti ⁵⁹⁸. Inoltre, il comma 2 determina 'la remunerazione convenuta' come la quantità del corrispettivo che deve pagare il mandante al mandatario. Il significato del testo intende limitare il corrispettivo in una quota inferiore rispetto al corrispettivo convenuto nel caso il contratto sia adempiuto, ovvero la quota della remunerazione corrisponda al lavoro che ha prestato il mandatario, secondo quanto affermato da Xu Diyu e Zhang Jiayong ⁵⁹⁹.

Il testo in esame determina una regola relativa al rischio del corrispettivo nel contratto di mandato. Diversamente dal contratto di appalto, dove il rischio contrattuale comprende il rischio sulla materia e sul corrispettivo, il rischio contrattuale nel mandato in realtà è un rischio dell'inadempimento, secondo quanto affermato da Cui Jianyuan ⁶⁰⁰. Ad avviso sempre di Cui Jianyuan, il rischio del corrispettivo implica il rischio nel caso in cui il contratto sia inadempito ⁶⁰¹. Dunque, si può ritenere che il carico del rischio costituisca la responsabilità di pagare il corrispettivo convenuto quando il contratto è inadempito per un motivo non imputabile ad entrambe le parti ⁶⁰².

Per quanto riguarda il rischio contrattuale generale nel diritto cinese, il sistema del rischio contrattuale stesso proprio nel diritto cinese è collegato spesso con il

⁵⁹⁸ I motivi non imputabili ad entrambe parti, secondo quanto affermato da Huang Wei, Xu Diyu e Cui Jianyuan, sono a) la risoluzione del contratto da parte del mandatario stando al comma 2, 3 e 4 dell'art. 563, b) la mancanza delle spese pagate in anticipo dal mandante e c) sono la forza maggiore, la causa di terzi e l'incidente (la morte del mandatario o mandante, il fallimento del mandante, e la perdita della capacità di agire). Cfr. Si veda HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 883; XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 958.

⁵⁹⁹ Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 958.

⁶⁰⁰ CUI JIANYUAN, *La perfezione delle regole relative al carico del rischio*, in *Academic Journal of Zhongzhou*, III, 2018, p. 60.

⁶⁰¹ Cfr. CUI JIANYUAN, *La perfezione*, cit., p. 60.

⁶⁰² La responsabilità di pagare il corrispettivo convenuto nell'inadempimento deriva direttamente dalla regola del rischio nel diritto romano, si veda §4.4 nel capitolo I.

sistema della risoluzione del contratto ⁶⁰³. In particolare, vi sono due scuole di pensiero riguardo il rapporto tra due sistemi relativi all'inadempimento del contratto. Il motivo della divergenza consiste nel fatto che entrambe i sistemi intendono risolvere l'esenzione dell'obbligazione corrispettiva nell'inadempimento del contratto, come è stato sottolineato da Xia Ping ⁶⁰⁴. La prima è costituita dai sostenitori del sistema dualistico, cioè il rischio contrattuale e il sistema della risoluzione del contratto sarebbero due sistemi coesistenti ⁶⁰⁵. Al contrario, la seconda scuola di pensiero afferma che il sistema del rischio contrattuale possa essere assimilato dal sistema della risoluzione del contratto ⁶⁰⁶.

La prima scuola di pensiero, come si è visto, costituisce l'opinione comune nel diritto cinese concernente il rischio contrattuale. Innanzitutto, il diritto della risoluzione del contratto dipende dalla violazione delle obbligazioni contrattuali, non dal criterio di imputazione della responsabilità — la colpa — in questo caso, il primo sistema comprenderebbe l'ultimo sistema, secondo l'opinione di Zhou Jianghong ⁶⁰⁷. Tuttavia, l'abrogazione del sistema del rischio contrattuale richiederebbe un sistema perfetto della risoluzione del contratto, secondo quanto affermato da Cui Jianyuan ⁶⁰⁸. Infatti, le promesse della risoluzione del contratto regolato nell'art. 563 non comprendono tutte le situazioni relative all'inadempimento. Per esempio, il motivo del terzo non è incluso, per cui soccorre la regola del rischio nel caso in cui non esista il diritto della risoluzione,

⁶⁰³ Per quanto riguarda la risoluzione del contratto, vedremo subito nel §4.4.2.

⁶⁰⁴ XIA PING, *Il rapporto tra il rischio nel corrispettivo e la responsabilità dell'inadempimento*, in *Journal of Gansu University of Political Science and Law*, III, 2020, p. 118.

⁶⁰⁵ Cfr. ZHOU JIANGHONG, *Le regole relative al carico del rischio e la risoluzione del contratto*, in *Chinese Journal of Law*, I, 2010, p. 79; XIA PING, *Il rapporto*, cit., p. 130.

⁶⁰⁶ I sostenitori di tale scuola sono principalmente gli autori giapponesi, cfr. ZHOU JIANGHONG, *Le regole*, cit., p. 77-78.

⁶⁰⁷ ZHOU JIANGHONG, *Le regole*, cit., p. 79.

⁶⁰⁸ ZHOU JIANGHONG, *Le regole*, cit., p. 83.

considerando la riflessione di Xia Ping ⁶⁰⁹. Infine, vi è un criterio dualistico di imputazione della responsabilità contrattuale anche se il criterio senza colpa sia quello dominante nel diritto cinese, stando a quanto rilevato da Cui Jianyuan ⁶¹⁰.

Tuttavia, vi sarebbe una lacuna relativa al principio generale del rischio contrattuale nel codice, secondo quanto affermato proprio da Xia Ping ⁶¹¹. Vale a dire, il principio generale del libro del contratto nel codice civile non prevede in generale il diritto del creditore quando l'inadempimento del contratto sia imputabile al debitore ⁶¹². Dunque, l'articolo in esame, in realtà, prevede un sistema relativo al rischio contrattuale più completo rispetto al diritto generale nel libro del contratto nel codice civile cinese, cioè il mandatario può chiedere il corrispettivo dal mandante.

Inoltre, come si è visto, il rischio contrattuale è collegato con la risoluzione del contratto, di conseguenza, esso è collegato anche con la responsabilità contrattuale dopo la risoluzione, rispetto a quale vedremo subito nella discussione immediatamente successiva.

⁶⁰⁹ XIA PING, *Il rapporto*, cit., p. 120.

⁶¹⁰ Per esempio, la responsabilità dell'appaltatore regolata nell'art. 781 e la responsabilità del depositario regolata nell'art. 983. Cfr. CUI JIANYUAN, *Il Diritto del contratto dovrebbe seguire il sistema dualistico del criterio di imputazione della responsabilità*, in *Social Science in Guang Dong*, IV, 2019, p. 233. Si veda l'art. 781 Se l'opera oggetto d'appalto consegnata dall'appaltatore non soddisfa i requisiti di qualità, il committente può chiedergli di rispondere in misura ragionevole dell'inadempimento nelle forme della riparazione, del rifacimento, della riduzione del corrispettivo o del risarcimento del danno; l'art. 983 Al termine della gestione, il gestore deve riferire al beneficiario della gestione degli affari. I beni ottenuti dal gestore nella gestione degli affari devono essere consegnati tempestivamente al beneficiario. Cfr. HUANG MEILING (trad.), *Codice civile*, cit., p. 170, p. 212.

⁶¹¹ XIA PING, *Il rapporto*, cit., p. 121.

⁶¹² XIA PING, *Il rapporto*, cit., p. 121.

4.4.2 La responsabilità contrattuale del mandante nel caso della risoluzione del mandato oneroso

Come si è visto nell'indagine precedente, il mandante non si assume la responsabilità del risarcimento per il mandatario, se il contratto è risolto o non può essere eseguito per causa non imputabile ad entrambe le parti. Tuttavia, il codice civile ha determinato la responsabilità del risarcimento per il mandatario quando il rapporto contrattuale si sia estinto per causa imputabile al mandante.

Art. 933 Il mandante o il mandatario possono risolvere il contratto di mandato in qualsiasi momento. Se la risoluzione del contratto causi danni all'altra parte, colui che chiede la risoluzione di un contratto di mandato gratuito deve risarcire il danno diretto causato dalla risoluzione in un momento inopportuno; colui che chiede la risoluzione del contratto di mandato a titolo oneroso deve risarcire i danni diretti e gli interessi che l'altra parte avrebbe conseguito se il contratto fosse stato eseguito, salvo che in entrambi casi, il danno sia derivato da causa non imputabile alla parte che ha risolto il contratto ⁶¹³.

Prima di tutto, sappiamo che il diritto della risoluzione del contratto regolata nell'art. 563 sorge solo rispetto alle situazioni determinate nell'articolo. Quindi l'articolo in esame in realtà ammette un diritto speciale della risoluzione del contratto in relazione a quello generale. Tale diritto è stato chiamato come il diritto discrezionale della risoluzione del contratto. Inoltre, l'ultima frase dell'articolo distingue il diritto discrezionale dalla responsabilità dell'inadempimento per la colpa, ossia la parte che ha risolto il contratto assume

⁶¹³ HUANG MEILING (trad.), *Codice civile*, cit., p. 202.

la responsabilità richiedendo che la risoluzione abbia causato i danni sia per motivo imputabile a sé stesso.

Tuttavia, bisogna chiarire la natura del diritto discrezionale della risoluzione del contratto nell'articolo in esame, secondo una configurazione lasciata alla libera valutazione dell'autonomia negoziale delle parti. Come si è visto, vi sono due tipi di contratto nell'art. 933: il contratto di mandato gratuito e il contratto di mandato oneroso. Il diritto discrezionale nel mandato gratuito costituisce quello tipico, nel senso che le parti possono risolvere il contratto senza motivo e senza assumere la responsabilità di risarcire i danni causati dalla risoluzione, solo che tale diritto sia limitato nel momento opportuno come è stato affermato da Wu Teng ⁶¹⁴.

Nel mandato oneroso, la responsabilità del risarcimento dei danni provocati dalla risoluzione per l'altra parte è a carico della parte che ha risolto il contratto, se i danni siano imputabili a quest'ultima. Vale a dire, la parte ha il diritto discrezionale della risoluzione del contratto quando la risoluzione è imputabile all'altra parte o non è imputabile a nessuna parte, come è stato sottolineato da Wu Teng ⁶¹⁵. In una parola, la parte che ha risolto il contratto in ragione del motivo imputabile a sé stessa, assume la responsabilità in relazione al risarcimento dei danni per l'altra parte.

Di conseguenza, è sorto il problema sul rapporto sussistente tra la responsabilità del risarcimento dei danni dopo la risoluzione e la responsabilità per l'inadempimento ⁶¹⁶. Un contributo fondamentale dell'articolo in esame è

⁶¹⁴ WU TENG, *La risoluzione discrezionale e la responsabilità dell'inadempimento*, in *Modern Law Science*, II, 2020, p. 64.

⁶¹⁵ WU TENG, *La risoluzione discrezionale*, cit., p. 64.

⁶¹⁶ WU TENG, *La risoluzione discrezionale*, cit., p. 63. In particolare, per le considerazioni sul rapporto delle due responsabilità, si veda CHEN SU, *Il contratto di mandato, il contratto di commissione, il contratto di mediazione*,

costituito dal superamento rispetto alla mancanza dell'art. 410 nel *Diritto di contratto* (abrogato), secondo quanto affermato dal gruppo di lavoro ⁶¹⁷. Analogamente, il risarcimento dei danni diretti e degli interessi risarcibili è regolato anche nell'art. 584 del codice civile cinese, come il contenuto della responsabilità per l'inadempimento ⁶¹⁸. Tuttavia, l'opinione comune degli autori è che le due responsabilità siano due responsabilità diverse, come è stato sottolineato da Wu Teng, Chen Su, Han Shiyuan e Zhou Jianghong ⁶¹⁹.

La considerazione della separazione di due responsabilità sopra menzionate, in realtà, può essere dedotta dal meccanismo della corrispettività, secondo

Pechino, 1999, p. 64-65; HAN SHIYUAN, *Il contratto di lavoro*, Pechino, 2010, p. 562; ZHOU JIANGHONG, *Il risarcimento*, cit., p. 89-90.

⁶¹⁷ L'art. 410 del *Diritto di contratto* non ha definito l'ambito del risarcimento, per cui sono sorte divergenze sulla determinazione del risarcimento dagli studiosi. La sentenza del 'Panqi Shanghai S.r.l VS. Panqi industria S.r.l.' fu un caso tipico nato dalla oscurità dell'articolo. La corte suprema della repubblica popolare cinese ha negato il diritto del mandatario di chiedere gli interessi che l'altra parte avrebbe conseguito se il contratto fosse stato eseguito. Al contrario, la corte suprema ha ammesso il risarcimento degli interessi menzionati. Alla fine, il legislatore del codice civile ha modificato l'articolo e ha aggiunto i contenuti specifici del risarcimento basandosi sulla storia delle divergenze e sull'esigenze in giurisprudenza. Cfr. GRUPPO DI LAVORO SULL'APPLICAZIONE DEL CODICE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA DELLA CORTE, *Comprensione e applicazione*, cit., p. 2526. Per le due sentenze, si veda 最高人民法院（2005）民二终字第 143 号判决书, 最高人民法院 2015 民一终字第 226 号判决书, si veda anche CUI JIANYUAN, LONG JUN, *Il diritto della risoluzione del contratto arbitrario*, cit., p. 73 ss.

⁶¹⁸ Si veda l'art. 584 Se la parte non adempia i suoi obblighi contrattuali o il suo adempimento non sia conforme all'accordo in modo che l'altra subisca un danno, l'importo del risarcimento deve essere equivalente al danno causato dall'inadempimento del contratto, compresi i benefici che si prevedeva di ottenere qualora il contratto fosse stato adempiuto, ma non può superare l'ammontare del danno causato dall'inadempimento che la parte inadempiente prevedeva o avrebbe dovuto prevedere al momento della conclusione del contratto.

⁶¹⁹ WU TENG, *La risoluzione discrezionale*, cit., p. 63. In particolare, per le considerazioni sul rapporto delle due responsabilità, si veda CHEN SU, *Il contratto di mandato, il contratto di commissione, il contratto di mediazione*, Pechino, 1999, p. 64-65; HAN SHIYUAN, *Il contratto di lavoro*, Pechino, 2010, p. 562; ZHOU JIANGHONG, *Il risarcimento*, cit., p. 89-90;

quanto affermato da Zhu Hu ⁶²⁰. Vale a dire, la responsabilità derivata dalla risoluzione del contratto differisce dalla responsabilità per l'inadempimento anche se entrambe abbiano lo stesso contenuto, in quanto questa prima forma di responsabilità è una conclusione dedotta dalla corrispettività nel contratto, secondo la considerazione di Zhou Jianghong ⁶²¹. Conseguentemente, vi è anche la discussione riguardo il rapporto sussistente tra il risarcimento dei danni provocati dalla risoluzione e il diritto del corrispettivo ⁶²².

Nel caso in cui il mandante risolve il contratto per causa imputabile a sé stesso, secondo l'articolo in esame, il mandatario ha il diritto di chiedere i danni diretti al mandante. Nel mandato oneroso, secondo il meccanismo della corrispettività, il mandatario ha il diritto di chiedere la remunerazione corrispondente al lavoro prestato, per cui la remunerazione è considerata come il danno diretto causato dalla risoluzione del contratto, secondo quanto affermato da Huang Wei ⁶²³. Inoltre, le spese pagate dal mandatario per la gestione dell'affare rappresentano ugualmente dei danni diretti, secondo la riflessione proveniente da Xu Diyu e Zhang Jiayong ⁶²⁴.

Nello stesso caso, per gli interessi che l'altra parte avrebbe conseguito se il contratto fosse stato eseguito, deve essere rilevato il rapporto tra tali interessi risarcibili e il corrispettivo della prestazione non eseguita. Ad avviso del gruppo di lavoro, il risarcimento per gli interessi determinati tende a rendere lo *status*

⁶²⁰ Inoltre, Zhu Hu afferma che il modello del corrispettivo e il modello del risarcimento dei danni potrebbero costituire il modello adeguato al calcolo della quota dei danni. Si veda ZHU HU, *Il diritto discrezionale della risoluzione nel contratto di mandato*, in *Peking University Law Journal*, IV, 2020, p. 1031-1032.

⁶²¹ ZHOU JIANGHONG, *Il risarcimento*, cit., p. 84-85.

⁶²² Per lo studio dei limiti del risarcimento, si veda MA ZHONGFA, FENG KAI, *La responsabilità del risarcimento dei danni provocati dalla risoluzione discrezionale nel contratto di mandato*, in *Oriental Law*, III, 2009, p. 104; WU TENG, *La risoluzione discrezionale*, cit., p. 63; ZHOU JIANGHONG, *Il risarcimento*, cit., p. 76.

⁶²³ Cfr. HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 892.

⁶²⁴ Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 963.

dell'altra parte come quello che avrebbe acquisito se il contratto fosse stato eseguito ⁶²⁵. Di conseguenza, si può ritenere che tali interessi comprendano in realtà la remunerazione restante, ovvero il corrispettivo convenuto non pagato dalla risoluzione del contratto.

Tuttavia, quest'ultimo sembra che potesse causare la contraddizione del sinallagma. In realtà, infatti, il corrispettivo della prestazione non eseguita è un rischio che assumerebbe il mandatario se il contratto fosse eseguito. Il mandatario assume sempre il rischio del corrispettivo durante la prestazione dell'obbligazione contrattuale, il quale è stato trasferito al mandante quando la risoluzione del contratto è imputabile a quest'ultimo. Oltre a ciò, il risarcimento degli interessi menzionati non può essere illimitato per il principio della *compensatio lucri cum damno*. Gli interessi generati dalle possibilità che la parte potrebbe avere in ragione della risoluzione sono esclusi dalla quota del risarcimento, secondo quanto affermato da Cui Jianyuan ⁶²⁶. Inoltre, ad avviso di Liu Yang, le possibilità che generano gli interessi dopo la risoluzione possono essere le spese risparmiate dall'immunità dalla prestazione del contratto, gli interessi acquisiti dalle risorse e dalla manodopera programmate per l'esecuzione del contratto che sarebbe stata dovuta ⁶²⁷.

Infine, per quanto riguarda il caso in cui il mandatario risolve il contratto, devono anche essere rilevati i limiti del risarcimento. Ad avviso di Zhou Jianghong, gli interessi che l'altra parte avrebbe conseguito se il contratto fosse

⁶²⁵ Inoltre, il risarcimento dei danni diretti dalla parte che è imputabile per l'inadempimento mira a riprendere lo *status* economico come prima della stipulazione del contratto dell'altra parte. Cfr. GRUPPO DI LAVORO SULL'APPLICAZIONE DEL CODICE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA DELLA CORTE, *Comprensione e applicazione*, cit., p. 2530.

⁶²⁶ Cfr. CUI JIANYUAN, LONG JUN, *Il diritto della risoluzione del contratto arbitrario*, cit., p. 84.

⁶²⁷ Cfr. LIU YANG, *Il principio e il proprio superamento del rischio nella prestazione corrispettiva*, in *Research on Rule of Law*, V, 2018, p. 114.

stato eseguito devono essere calcolati come le spese aumentate quando il mandante gestisce l'affare da solo o chiede ad un'altra di gestire l'affare ⁶²⁸. In particolare, oltre alle spese aggiuntive, Zhu Hu allega anche i danni assunti dal mandante dopo la risoluzione del contratto e prima della continuazione della gestione ⁶²⁹.

5. La specialità degli altri contratti aventi ad oggetto il lavoro nel codice civile cinese e dei contratti atipici: la rilevanza delle discipline speciali e la compatibilità del mandato

Come si è visto nel paragrafo precedente, il contratto di mandato potrebbe essere il modello generale per gli altri contratti aventi ad oggetto il lavoro nel codice civile, cioè i contratti di servizi. Tuttavia, secondo il rapporto tra il diritto di *genus* e il diritto della *species*, le discipline dei singoli contratti relativi hanno la priorità per quanto riguarda l'applicazione della disciplina del mandato.

5.1 Il raggiungimento del risultato in generale nel contratto di mandato

Il raggiungimento di un risultato dei servizi assume due forme possibili considerando i requisiti incidenti sul risultato. Il risultato, infatti, può essere generale senza nessun requisito specifico apportato dai clienti ossia i riceventi dei servizi o dalla natura dei contratti. In alternativa, il risultato può essere specifico, come la realizzazione di una missione, o di un prodotto materiale.

Nel primo caso, il raggiungimento di un risultato di servizio, in realtà costituisce anche un requisito del contratto di mandato. Il mandatario ha l'obbligo di informare sul risultato rispetto alla gestione dell'affare, secondo l'art.

⁶²⁸ Cfr. ZHOU JIANGHONG, *Il risarcimento*, cit., p. 89.

⁶²⁹ ZHU HU, *Il diritto discrezionale*, cit., p. 1034-1035.

924 del codice civile. Tale obbligazione di informare sul risultato finale e di consegnare i beni acquisiti non è dissimile dell'obbligazione relativa al raggiungimento di un risultato. Analogamente, il contratto per la consulenza tecnologica, il contratto per i servizi tecnologici e il contratto di deposito fanno anche parte della categoria dei contratti per cui è richiesto il raggiungimento del risultato.

5.2 Il raggiungimento del risultato specifico materiale

Il risultato materiale è un elemento fondamentale nel contratto di appalto. L'obbligazione di fornire le materie costituisce una obbligazione accessoria del contratto. Secondo l'art. 774 e l'art. 775, sia il committente sia l'appaltatore possono essere accolti dell'obbligazione relativa alla fornitura ⁶³⁰.

Di conseguenza, vi sono due problemi speciali nel contratto di appalto rispetto al contratto di mandato.

Il primo è il rischio delle materie e del corrispettivo. In esso, diversamente dal mandato, il risultato dell'appalto è un prodotto materiale per cui vi è il problema dell'assunzione del rischio sul prodotto materiale. Secondo l'art. 604 del codice civile, il rischio dei beni è trasferito all'acquirente dal venditore dopo la consegna ⁶³¹. La stessa regola del trasferimento di rischio è applicata nel contratto di appalto

⁶³⁰ Per quanto riguarda l'art. 774 Se l'appaltatore fornisca i materiali, deve selezionarli e utilizzarli in conformità con l'accordo e accettare l'ispezione del committente; l'art. 775 Se il committente fornisca i materiali, deve sceglierli in conformità con l'accordo. L'appaltatore dovrà prontamente ispezionare i materiali forniti dal committente e, in caso di incongruenze, deve chiedere prontamente al committente di effettuare la sostituzione, compensarne la carenza o adottare altre misure di rettifica. L'appaltatore non può arbitrariamente modificare i materiali forniti dal committente né modificare gli accessori e le parti che non necessitano di riparazione.

⁶³¹ Si veda l'art. 604 I rischi di distruzione, danneggiamento o perdita del bene sono a carico del venditore prima della consegna e dell'acquirente dopo la consegna, salvo diversa disposizione di legge o accordo tra le parti.

dal legislatore, secondo il gruppo di lavoro ⁶³². Dunque, dopo la consegna del prodotto, il committente si assume il rischio della distruzione, del danneggiamento e della perdita del prodotto; l'appaltatore è accollato del rischio restante del contratto.

Tuttavia, ad avviso di Xu Diyu e Zhang Jiayong, il rischio dell'appaltatore è limitato solo nell'ambito del corrispettivo, invece il rischio della distruzione, del danneggiamento e della perdita del prodotto stesso è a carico al proprietario ⁶³³. La proprietà del prodotto finale in generale appartiene al committente in quanto le materie sono fornite da quest'ultimo. Però, nei casi speciali in cui l'appaltatore si obbliga all'elaborazione e alla produzione, la proprietà del prodotto dipende dalla fornitura delle materie. La giurisprudenza ha ammesso come una regola che la proprietà sia di quella parte che abbia fornito le materie principali ⁶³⁴.

Il secondo problema speciale del contratto di appalto è costituito dalla responsabilità per i danni provocati dai prodotti difettosi. Secondo l'art. 781, l'appaltatore si assume la responsabilità se il prodotto consegnato non soddisfa i requisiti di quantità ⁶³⁵. Tale regola del rischio era già stata configurata da Labeone in D.19.2.62 ⁶³⁶. Tuttavia, il codice civile non ha previsto l'avviso del

⁶³² Cfr. GRUPPO DI LAVORO SULL'APPLICAZIONE DEL CODICE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA DELLA CORTE, *Comprensione e applicazione*, cit., p. 1858.

⁶³³ Cfr. XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 827

⁶³⁴ Cfr. 武汉海事法院 (2014) 武海法商字第 00342 号民判, 浙江高院 (2014) 浙民申字第 1409 号民裁。 Si veda anche XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario*, cit., p. 827.

⁶³⁵ Si veda l'art. 781. Se l'opera oggetto di appalto consegnata dall'appaltatore non soddisfa i requisiti di qualità, il committente può chiedergli di rispondere in misura ragionevole dell'inadempimento nelle forme della riparazione, del rifacimento, della riduzione del corrispettivo o del risarcimento del danno.

⁶³⁶ Si veda §4.1 del capitolo I.

committente per la difformità ed i vizi nel contratto di appalto, per cui si applica l'art. 621 relativo alla verifica dell'oggetto della compravendita ⁶³⁷.

Inoltre, va rilevata la natura di tale responsabilità. Il problema dei vizi e delle difformità del prodotto di appalto è considerato una forma della responsabilità per inadempienza, come affermato da Chen Ziqiang ⁶³⁸. Il sistema dell'inadempimento (不履行) del contratto comprende l'impossibilità dell'adempimento, la *mora solvendi* e l'inadempimento, il quale è sostituito dal sistema della responsabilità sull'inadempienza (违约) nel codice civile cinese ⁶³⁹.

5.3 La realizzazione dello scopo come il raggiungimento del risultato

La realizzazione dello scopo come raggiungimento del risultato esiste nel contratto di trasporto e nel contratto di mediazione, in cui il corrispettivo sorge

⁶³⁷ Si veda l'art. 621 Se le parti abbiano concordato un termine per l'ispezione, l'acquirente dovrà entro tale termine comunicare al venditore qualsiasi non conformità del bene rispetto alla quantità o alla qualità concordate. Se la relativa comunicazione non viene inviata al venditore a causa della trascuratezza dell'acquirente, il bene è considerato conforme alla quantità o alla qualità concordate. Se le parti non hanno concordato un termine per l'ispezione, l'acquirente deve comunicare al venditore qualsiasi non conformità del bene rispetto alla quantità o alla qualità concordate entro un termine ragionevole dopo che è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto venire a conoscenza della non conformità. Se l'acquirente non la comunica al venditore entro un termine ragionevole o entro due anni dalla presa in consegna del bene, questo si considera conforme alla quantità o alla qualità concordate, salvo che vi sia un periodo di garanzia entro il quale è garantita la qualità del bene, nel qual caso si applica il periodo di garanzia. Se il venditore conosca o avrebbe dovuto conoscere la non conformità del bene rispetto al contratto, l'acquirente non è soggetto al termine per la comunicazione come previsto nei due commi precedenti.

⁶³⁸ Cfr. CHEN ZIQIANG, *Commento sul principio della responsabilità per inadempimento nella tratta del codice civile cinese*, in *Global Law Review*, I, 2019, p. 58; TANG BOTAO, *Il riconoscimento del contratto di appalto*, in *Nanjing University Law Journal*, IV, 2021, p. 44.

⁶³⁹ Il vecchio sistema è anche quello tipico del BGB prima della riforma nel 2002, e rappresenta ancora il sistema nel diritto taiwanese. Cfr. CHEN ZIQIANG, *Commento*, cit., p. 59; YAO ZHIMING, *Il risarcimento dei danni provocati dai vizi e dalle difformità nel contratto di appalto e l'inadempimento nella prospettiva dello sviluppo delle sentenze della corte suprema*, in *L'argomento di contratto di appalto*, a cura di CHEN ZIQIANG, DU JINGYI, YAO ZHIMING, YOU JINFA, CHEN CONGFU, LIN CHENGER, Taipei, 2016, p. 131 ss.

solo quando lo scopo del contratto è realizzato. Dunque, la differenza tra quei contratti e il contratto di mandato è legata all'esistenza del sinallagma e sussiste quando il contratto è inadempito.

Innanzitutto, nei contratti in esame, il prestatore di servizio si obbliga a realizzare l'obiettivo del contratto, ossia l'obiettivo del ricevente il servizio. Per esempio, l'arrivo alla destinazione richiesta dai passeggeri o alle merci nel contratto di trasporto, oppure la stipulazione di un nuovo contratto tra il committente e il terzo nel contratto di mediazione. Dunque, diversamente dal mandato, il prestatore non può chiedere il corrispettivo parziale per il lavoro prestato se il contratto sia inadempito.

Tuttavia, occorre approfondire il sinallagma nel contratto di mediazione, in quanto contratto speciale per quanto riguarda lo scambio *merces-uti frui*, quale valore prodotto dall'attività lavorativa. Ad avviso di Zhou Jianghong, il compenso del mediatore non è il corrispettivo del lavoro da lui prestato⁶⁴⁰. Infatti, Huang Wei afferma anche che il diritto del corrispettivo del mediatore si basa sul risultato del lavoro e non sulla prestazione del lavoro⁶⁴¹. Secondo l'art. 961 e l'art. 963 riguardo la definizione del contratto, il rapporto contrattuale relativo al corrispettivo sorge durante il processo di adempimento del contratto, in particolare, quando è raggiunta la finalità del committente della stipulazione, diversamente dal classico sinallagma per cui le parti del contratto di mediazione si accordano sullo scambio tra la prestazione del servizio di mediazione ed il corrispettivo. Dunque, si può ritenere che il sinallagma nel contratto di mediazione esista quando è raggiunto il risultato specifico, cioè la realizzazione dello scopo di stipulare un accordo tra il committente ed il terzo.

⁶⁴⁰ Cfr. ZHOU JIANGHONG, *Le modifiche e le interpretazioni del contratto di mediazione nel codice civile cinese nella prospettiva del rapporto dell'applicazione analoga tra il contratto di mandato e il contratto di mediazione*, in *Journal of Comparative Law*, II, 2021, p. 57.

⁶⁴¹ Cfr. HUANG WEI, *Le interpretazioni*, cit., p. 982.

5.4 (segue) La responsabilità nel contratto per il servizio di medico

Il contratto per il servizio di medico è un contratto importante in riferimento alla realizzazione di uno scopo specifico del contraente. La realizzazione dello scopo contrattuale costituisce anche una causa comune della responsabilità per il servizio medicale. Come si è visto, il codice civile prevede solo la responsabilità relativa al servizio medicale nella responsabilità da fatto illecito. Tuttavia, la responsabilità nei casi relativi al servizio medicale si basa anche sul rapporto contrattuale, in quanto vi è un rapporto contrattuale tra i medici ed i pazienti ⁶⁴².

Per quanto riguarda la natura del contratto vi sono diverse opinioni. Il contratto in esame è considerato come quasi-mandato nel diritto giapponese, mentre diventa un contratto di appalto quando le parti si accordano sul corrispettivo per la realizzazione dell'obiettivo di guarigione ⁶⁴³. Nel diritto taiwanese, è considerato come il mandato in generale ⁶⁴⁴. Gli autori cinesi lo ritengono essere un contratto atipico ⁶⁴⁵. In particolare, tale contratto atipico è il contratto di lavoro generale (雇佣合同) ⁶⁴⁶.

In realtà, il contratto in esame è un contratto di servizio, ed è anche un contratto di mandato speciale ⁶⁴⁷ in cui è richiesto il raggiungimento del risultato specifico,

⁶⁴² Per quanto riguarda il rapporto contrattuale, si veda HAN SHIYUAN, *L'inadempimento e i rimedi nel contratto di servizio per il medico*, in *Chinese Journal of Law*, VI, 2005, p. 89 ss.; TANG CHAO, *La critica sul capitolo VII della responsabilità da fatto illecito nel Diritto della responsabilità da fatto illecito*, in *Nan Jing University Law Review*, I, 2017, 129 p. ss.

⁶⁴³ Cfr. GONG SAIHONG, *La ricerca sulla legislazione del risarcimento dei danni medicali*, Pechino, 2001, p. 29 ss.

⁶⁴⁴ Cfr. HUANG DINGQUAN, *Il diritto del medico*, Pechino, 2003, p. 164-165.

⁶⁴⁵ Cfr. AI ERKEN, *Del rapporto contrattuale nel contratto per il servizio di medico*, in *He Bei Law Science*, XII, 2006, p. 137.

⁶⁴⁶ Cfr. HUANG DINGQUAN, *Il diritto*, cit., p. 145. Per quanto riguarda il concetto di 雇佣合同 nel diritto cinese, si veda §2.3.2

⁶⁴⁷ Tale conclusione è confermata anche da Han Shiyuan, cfr. HAN SHIYUAN, *L'inadempimento e i rimedi*, cit., p. 91.

cioè la realizzazione dello scopo dei pazienti. Tuttavia, il sinallagma di *merces-uti frui* quale valore prodotto dall'attività lavorativa esiste anche se lo scopo non sia realizzato, in quanto l'obbligazione principale dei medici è l'attività di diagnosi e di terapia ⁶⁴⁸. Infatti, un criterio essenziale per la determinazione dell'adempimento del contratto è la diligenza dei medici. Analogamente alla differenza tra la diligenza del buon padre di famiglia, e la diligenza professionale nel codice civile italiano ⁶⁴⁹, la diligenza dei medici si diversifica dalla diligenza generale dell'obbligazione contrattuale che è regolata nell'art. 509 del codice civile cinese ⁶⁵⁰.

Di conseguenza, la responsabilità dei medici trova regolamento sia nel contratto di mandato sia nel titolo VI del Libro VII. Innanzitutto, la responsabilità per i danni provocati nel corso dell'attività di diagnosi e di trattamento dei pazienti è determinata dalla diligenza professionale. In particolare, il titolo VI del Libro VII ha previsto le situazioni in cui i medici assumono le responsabilità che in realtà costituiscono anche i criteri della diligenza dei medici. Per quanto riguarda il contenuto della responsabilità, il titolo VI non ha definito i limiti dei danni nel risarcimento. In questo caso, il riferimento dell'art. 933 relativo al risarcimento — risarcimento dei danni diretti e degli interessi risarcibili — può

⁶⁴⁸ Cfr. HAN SHIYUAN, *L'inadempimento e i rimedi*, cit., p. 95.

⁶⁴⁹ Si veda §4.2.2 nel Capitolo II.

⁶⁵⁰ Si veda l'art. 509 Le parti devono adempiere pienamente i rispettivi obblighi contrattuali. Le parti devono conformarsi al principio di buona fede e adempiere obblighi quali l'invio di comunicazioni, l'assistenza e il rispetto della riservatezza in conformità con la natura e lo scopo del contratto e con gli usi negoziali. Nell'esecuzione del contratto le parti non devono sprecare le risorse, inquinare l'ambiente o alterare l'ecologia.

essere adottato come un principio generale, secondo le riflessioni di Han Shiyuan, Ma Changhua, Zhang Jiayong e Chen Sijing ⁶⁵¹.

6. Conclusione: lo schema locativo dell'obbligazione e il modello di contratto di mandato per il contratto avente ad oggetto il lavoro nel codice civile cinese

I contratti aventi ad oggetto il lavoro, inclusi i contratti di servizi nel codice civile cinese seguono tutti lo schema locativo fondamentale *merces-uti frui* che rappresenta uno scambio tra la mercede e il valore della prestazione lavorativa in un rapporto contrattuale. Dunque, un principio generale delle obbligazioni che regola tutti i contratti relativi potrebbe essere costruito tenendo conto dello schema sopra menzionato. In particolare, il riferimento della costituzione crea un collegamento organico tra il lavoro subordinato regolato fuori dal codice civile e il lavoro autonomo determinato nel codice civile.

Il contratto di mandato oneroso è un contratto tipico che ha ad oggetto l'attività lavorativa. Innanzitutto, l'ampio concetto dell'oggetto inerente al mandato nel codice civile rende possibile considerare il contratto di mandato un modello del contratto di servizio.

Inoltre, le obbligazioni contrattuali nel mandato sono anche più compatibili con gli altri contratti, rispetto ai contratti tipici relativi. Il mandatario si obbliga a rispettare le istruzioni fornite dal mandante, mentre questo primo ha l'obbligo di

⁶⁵¹ Nei casi dei servizi medicali, il risarcimento dei danni morali deve essere considerato anche nel risarcimento dei danni, dunque vi è il problema della compatibilità del risarcimento per diversi tipi di danni. Per le discussioni del risarcimento dei danni nel servizio medicale, si veda HAN SHIYUAN, *L'inadempimento e i rimedi*, cit., p. 97 ss.; MA CHANGHUA, ZHANG GANG, *La logica del regolamento sui danni medici e la sua applicazione*, in *He Bei Law Science*, II, 2022, p. 43 ss.; CHEN SIJING, *Del risarcimento dei danni medici*, in *Law Forum*, II, 2022, p. 152 ss.

gestire l'affare adeguatamente che è una diligenza speciale richiesta in tutte le prestazioni di servizi. Il mandatario è soggetto all'obbligazione di informazione essendo quest'ultima considerata un raggiungimento del risultato che esiste in ogni contratto di servizi. Oltre a ciò, l'obbligazione di corrispondere il corrispettivo da parte del mandante è inerente al contratto di servizio quando la prestazione di lavoro è ritenuta di valore per il mandante stesso. L'obbligazione della collaborazione del mandante è un'obbligazione fondamentale del ricevente di servizio, ma differisce nei diversi contratti, per esempio, nell'obbligazione di fornire le istruzioni nel mandato e nell'obbligazione di collaudare l'opera nell'appalto. Analogamente, il rischio del corrispettivo che assume il mandante viene definito dalla causa non imputabile al mandatario. Questa regola va applicata in molti rapporti contrattuali di servizi, come il rischio nel contratto di deposito (l'art. 897)⁶⁵² e il contratto di servizio per la gestione della proprietà (l'art. 946)⁶⁵³. Infine, il regolamento della responsabilità per il risarcimento dei danni nel mandato ha risolto l'indefinitezza rispetto al limite del risarcimento dei danni dopo la risoluzione del contratto nel diritto cinese.

Tuttavia, l'applicazione analoga delle discipline del contratto di mandato negli altri contratti singoli deve essere compatibile con le regole e le nature ad essi proprie. In diversi contratti, come il contratto di appalto, il contratto per il

⁶⁵² Si veda l'art. 897. Se durante il deposito il bene sia distrutto, danneggiato o perduto a causa di una custodia inadeguata da parte del depositario, questo è tenuto al risarcimento. Il depositario che custodisca il bene gratuitamente e dimostri che la distruzione, il danno o la perdita non siano stati causati da dolo o colpa grave a lui imputabili, non è tenuto al risarcimento.

⁶⁵³ Si veda l'art. 946. Se i condomini decidono congiuntamente di sostituire il fornitore di servizi di gestione della proprietà secondo la procedura legale, il contratto per il servizio di gestione della proprietà può essere risolto. In tal caso, il fornitore di servizi di gestione della proprietà deve essere informato per iscritto con sessanta giorni di anticipo, salvo diverso accordo tra le parti. Se la risoluzione del contratto ai sensi del comma precedente causa un danno al fornitore di servizi di gestione della proprietà, i condomini devono risarcire il danno, salvo che questa sia derivata da una causa non imputabile ai condomini.

progetto della costruzione e il contratto di trasporto, l'obbligazione di anticipare le spese e di restituire le spese non è un'obbligazione del ricevente dei servizi. Al contrario, il commissario sostiene le spese nel contratto di commissione (art. 952)⁶⁵⁴. Inoltre, il rischio contrattuale comprende il rischio del corrispettivo e il rischio dei beni nel contratto di appalto, per cui vi sono delle differenze rispetto al rischio contrattuale di mandato.

⁶⁵⁴ Si veda l'art. 952 Le spese sostenute dal commissario per la gestione delle attività affidategli sono a carico del commissario, salvo diverso accordo tra le parti.

CONSIDERAZIONI FINALI

L'obiettivo finale dell'indagine mira a trovare una risoluzione rispetto alla lacuna di regolamento dei contratti aventi ad oggetto il lavoro nel codice civile, cioè la costruzione di un modello di tale contratto che nelle sue obbligazioni fondamentali fosse già esistente nel codice. Tale obiettivo è stato realizzato tramite uno studio comparativo tra il diritto romano e il diritto privato cinese.

Innanzitutto, il contratto avente ad oggetto il lavoro nel diritto civile, in realtà è un contratto di servizio (*service contract*), ove il *service* si presenta come prestazione del contratto. Secondo la definizione in IV.C.-1:101 del *Draft Common Frame of Reference*, il *service contract* è un contratto con il quale una parte, il prestatore, si obbliga a rendere un servizio all'altra parte, il committente.

Nel codice civile cinese, vi è non solo una lacuna rispetto ad un principio generale del contratto avente ad oggetto il lavoro, ma anche una confusione tra diversi contratti relativi. Per esempio, le regole dei contratti tipici che corrispondono a tale definizione disaccordano in base ai tipi di prestatore di lavoro, oppure in quanto l'obbligazione di *adprobatio operis* del committente non spetta al depositario. Però, il contratto di vendita come modello generale dei contratti tipici onerosi non è adeguato per i contratti relativi al *service contract*. Un esempio tipico si trova nel rischio contrattuale in cui il contratto di vendita prevede la regola del rischio inerente al bene, ma ha trascurato il rischio del corrispettivo, il quale costituisce un elemento fondamentale del contratto avente ad oggetto il lavoro.

Ancorché i diritti e le obbligazioni dei lavoratori si individuino in base al contenuto del contratto, il sinallagma della mercede e dell'attività lavorativa sussiste in ogni *service contract*. Pertanto, il diritto e le obbligazioni dei contraenti, che derivano dal sinallagma, si dovrebbero applicare in uguale misura a tutti i prestatori di lavoro e datori di lavoro, per la mancanza dei diritti specifici relativi

al lavoratore nella costituzione, la costituzione cinese svolge solo un ruolo limitato per una regolamentazione generale, . In assenza di un contratto unitario e un principio costituzionale, l'applicazione delle regole di *service contract* nel codice civile cinese è utilizzata per rispondere alle esigenze del regolamento del lavoro autonomo.

La costruzione di un modello obbligatorio che ha trovato corrispondenza nello schema locativo configurabile anche nel codice civile, come si è visto, costituisce la ricerca di un contratto che faccia da modello per il contratto di servizio nel codice civile cinese, e tale modello è risultato il contratto di mandato.

Il diritto privato cinese, specialmente il contratto, deriva dalla tradizione romanistica. Dunque, la teoria fondamentale del contratto permette già una comparazione tra il contratto di mandato e la *locatio conductio operis e operarum* nel diritto romano, dove è emerso lo schema locativo *merces-uti frui* tramite una analisi rispetto alle obbligazioni, al rischio e alle responsabilità contrattuali nella *locatio conductio operis e operarum*. *Uti frui* qui simboleggia un valore del lavoro prestato dai prestatori di lavoro al ricevente di lavoro che è il conduttore della *locatio conductio operis* e il locatore della *locatio conductio operarum*.

Benché il contratto di mandato cinese derivi dal *mandatum* presente nel diritto romano, tuttavia la struttura contrattuale nel contratto di mandato oneroso si avvicina di più a quella dello schema locativo *merces-uti frui* quale valore prodotto dall'attività lavorativa nella *locatio conductio operis e operarum*. In particolare, tale vicinanza si presenta nelle obbligazioni e nelle responsabilità contrattuali. Ciò rileva sebbene nel mandato oneroso fosse lasciata una discrezionalità alla libera valutazione dell'autonomia negoziale delle parti, mentre, invece, nella *locatio conductio operis e operarum* venisse mantenuto il medesimo schema obbligatorio fondamentale nel quadro esclusivo della tipicità causale.

Per quanto riguarda la vicinanza delle obbligazioni, occorre riferire di una relazione tra il contratto di mandato oneroso e la *locatio conductio operis* e *operarum*. Il termine risultato, per la sua ampia definizione e determinazione può racchiudere ogni forma del risultato — specialmente il corrispettivo parziale del mandatario permette una possibilità di interpretazione del risultato parziale da cui il mandante valuta discrezionalmente la prestazione parziale dell'obbligazione dell'altra parte — può racchiudere ogni forma del risultato. Dunque, il momento terminale di una gestione nel mandato potrebbe essere considerato come un risultato. In ordine alla relazione tra la *locatio conductio operarum* e il contratto di mandato oneroso, occorre osservare come il rapporto contrattuale nella *locatio conductio operarum* sia un rapporto dello scambio tra la mercede e l'attività lavorativa, di cui il rapporto di mandato costituisce una specie. Vale a dire, l'oggetto del contratto di mandato è la gestione dell'affare che è una tipologia dell'attività lavorativa, specialmente quando l'affare nel codice civile è senza il limite dell'atto giuridico.

In merito alla vicinanza rispetto alle forme di responsabilità, il contratto di mandato ha seguito proprio la tradizione romanistica relativa al rischio e alla responsabilità contrattuale nel *locatio conductio operis* e *operarum*. Tale vicinanza relativa al contenuto della responsabilità contrattuale si potrebbe anche trovare nel principio costituzionale del principio della distribuzione secondo il lavoro prestato.

Come si è visto nell'art. 928, dove è regolato il rischio assunto dal mandante quando il contratto è inadempito per una causa non imputabile al mandatario, il mandante deve pagare il corrispettivo a quest'ultimo. Tale regola del rischio si trova anche nel *periculum locatoris* dai giuristi sabiniani, ove il locatore della *locatio conductio operis* è accollato del rischio di una impossibilità per l'esecuzione dell'opera non imputabile al prestatore come *vis maior*. Per lo più, il diritto romano racchiude delle situazioni più ampie rispetto a quelle regolate nell'art.

928, in quanto quest'ultimo esclude la regola della distribuzione del rischio quando le parti si accordano diversamente. Inoltre, la responsabilità contrattuale assunta dalla parte che ha risolto il contratto corrisponde anche alla responsabilità inerente alla colpa nella *locatio conductio operis*. Come è stato documentato da Labeone in D.19.2.62, il giurista afferma che il conduttore assuma la responsabilità contrattuale causata dal vizio della costruzione, ovvero una responsabilità per la colpa, quando deve restituire la mercede ricevuta dal locatore. Analogamente, l'art. 933 esclude la responsabilità del risarcimento dei danni quando la risoluzione non è imputabile alla parte che ha risolto il contratto, per cui il mancato adempimento nel mandato, secondo la corrispettività, contribuisce all'esenzione relativa all'adempimento del corrispettivo. Rispetto alla *locatio conductio operarum*, il conduttore paga la *merces* anche se la prestazione di lavoro non sia stata adempiuta da parte del locatore, analogamente al primo caso, come affermato in D.19.2.19.9.

Tuttavia, sebbene la *locatio conductio operis* e *operarum* comprendano tutti i tipi del *service contract*, le obbligazioni del contratto di mandato invece, costituiscono solo quelle fondamentali del *service contract* in cui però vi sono diverse obbligazioni specifiche in base alla tipologia di contratto. Conseguentemente, il contratto di mandato, seppure assunto come modello del *service contract*, non regola tutti i rapporti contrattuali sorti nei servizi. Per l'applicazione del diritto positivo analoga occorre confrontare i rapporti specifici con i contratti relativi già regolati nel codice civile, tenendo conto del principio generale fornito dal contratto di mandato.

Inoltre, l'analisi comparata relativa al contratto di servizio in diversi codici civili e leggi europee completa il confronto rispetto all'applicazione, rendendo indagine esauriente riguardo al contratto di servizio nel sistema del diritto civile.

In conclusione, le fonti di diritto romano rispetto al codice civile cinese presentano una notevole e pregiata opportunità nello studio di questo nuovo

codice, specialmente nell'età del commentario relativo al codice. Lo svolgimento della tesi evidenzia non soltanto la linea storica riguardo lo sviluppo della *locatio conductio operis e operarum*, ma anche una linea orizzontale che collega il diritto privato comparato e il diritto privato cinese. Lo schema locativo del contratto di servizio costituisce un approfondimento e una validazione dello schema obbligatorio fondamentale rispetto all'interpretazioni delle regole del codice civile cinese, e rappresenta anche un'introduzione all'era del post-codice: l'era del commentario al codice civile cinese.

BIBLIOGRAFIA

- AI ERKEN, *Del rapporto contrattuale nel contratto per il servizio di medico*, in *He Bei Law Science*, XII, 2006, 135 ss.
- G. ALPA, M. BESSONE e V. ZENO-ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Obbligazioni e contratti*, VI, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Milano, 2006.
- L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in *Bullettino dell'istituto del diritto romano*, LXII, 1959, 9 ss.
- L. AMIRANTE, *Locazione (in generale) (diritto romano)*, in *Novissimo digesto italiano*, IX, Torino, 1963, 991 ss.
- V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1952.
- V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Napoli, 1985.
- V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1989.
- C. ASSANTI, *Le professioni intellettuali e il contratto d'opera*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XV, Torino, 1986, 1493 ss.
- M. V. BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lavoro e diritto*, LD, 1987, 41 ss.
- L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901.
- L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948.
- S. BARTOLE e R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008.
- G. BAVETTA, *Mandato (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano, 1975, 321 ss.
- A. M. BENEDETTI, *L'appalto: marcatori causali e caratteristiche strutturali*, in *L'appalto pubblico e privato*, a cura di V. DI GREGORIO, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, Torino, 2013, 3 ss.
- E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953.
- E. BETTI, «*Periculum*». *Problemi del rischio contrattuale in diritto romano, classico e giustiniano*, in *JUS*, I, 1954, 133 ss.

- E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1960.
- C. M. BIANCA, *Alla ricerca del fondamento della responsabilità contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, VI, 2019, 1277 ss.
- B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1956.
- P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987.
- J. S. BORGHETTI, *Service Contracts: The French Experience*, in *Service Contracts*, a cura di R. ZIMMERMANN, Tübingen, 2010, 99 ss.
- U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, II, 1927, 529 ss.
- A. BURDESE, *Recensione a Th. Mayer-Maly, 'locatio-conductio'. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, in *Iura*, VIII, 1957, 481 ss.
- A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1990.
- O. CAGNASO, *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, 1983.
- C. A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico: corso di diritto romano tenuto nell'Università di Cagliari, anno accademico 1967-1968*, Milano, 1969.
- R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano: 2 sec. a.C.-2 sec. d.C.*, Milano, 1995.
- R. CARDILLI, *Un diritto comune in materia di responsabilità contrattuale nel sistema giuridico romanistico*, in *Rivista di diritto civile*, XLIV, 1998, 315 ss.
- R. CARDILLI, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, 2016.
- A. CAREDDU, *Locatio conductio operarum et operis*, Cagliari, 1924.
- F. CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*. IT, LIV, 2007, 4 ss.
- F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI e T. TREU, *Diritto del Lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2019.
- L. CARRARO, *La mediazione*, Padova, 1960.
- V. CARRO, *Note sul riparto del rischio contrattuale nelle obligationes consensu*

contractae, in *Revista General de Derecho Romano*, XXVII, 2016, 1 ss.

G. CAVALIER e R. UPEX, *The concept of employment contract in european union private law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, LV, 2006, 587 ss.

C. CESTER, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in *Diritto del lavoro*, commentario diretto da F. CARINCI, II, Torino, 1998.

C. CESTER e M.G. MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, in *Il codice civile Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2007.

CHEN SU, *Il contratto di mandato, il contratto di commissione, il contratto di mediazione*, Pechino, 1999,

CHEN SIJING, *Del risarcimento dei danni medici*, in *Law Forum*, II, 2022, 152 ss.

CHEN WENYUAN, *Le idee istruttive della legislazione di lavoro in Cina*, in *Journal of Beijing College of Politics and Law*, II, 1979, 32 ss.

CHEN ZIQIANG, *Commento sul principio della responsabilità per inadempimento nella tratta del codice civile cinese*, in *Global Law Review*, I, 2019, 58 ss.

A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1993.

CUI JIANYUAN, LONG JUN, *Il diritto della risoluzione del contratto arbitrario e i limiti nel mandato – commento e chiarimento sella sentenza del 'Panqi Shanghai S.r.l VS. Panqi industria S.r.l.'*, in *Chinese Journal of Law*, VI, 2008, 73 ss.

CUI JIANYUAN, *Il diritto di contratto*, Pechino, 2010.

CUI JIANYUAN, *La perfezione delle regole relative al carico del rischio*, in *Academic Journal of Zhongzhou*, III, 2018, 56 ss.

CUI JIANYUAN, *Il Diritto del contratto dovrebbe seguire il sistema dualistico del criterio di imputazione della responsabilità*, in *Social Science in Guang Dong*, IV, 2019, 225 ss.

V. CUFFARO, *I contratti di appalto privato*, Milano, 2011.

A. DALMARTELLO e G.B. PORTALE, *Deposito (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, 236 ss.

G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2019, 1 ss.

- V. DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contratto e impresa*, XXXII, 2016, 456 ss.
- R. DE MATTEIS, *La responsabilità dei professionisti*, in *Trattato dei contratti*, III-I, diretto da V. ROPPO, Milano, 2014, 667 ss.
- D. DE RADA, *Diritto contrattuale europeo: iter di armonizzazione e unificazione dai progetti di codificazione alla giustizia elettronica*, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, VIII, 2018, 2 ss.
- F. M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, 1946.
- F. M. DE ROBERTIS, *'Operae' (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino, 1957, 992 ss.
- F. M. DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari, 1963.
- F. M. DE ROBERTIS, *D. 19.2.31 e il regime dei trasporti marittimi nell'ultima repubblicana*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, XXXI, 1965, 92 ss.
- F. M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione: alle scaturigini della responsabilità contrattuale*, Bari, 1983.
- M. DELLACASA, *L'appalto: lineamenti del tipo e disciplina applicabile*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2014, 5 ss.
- A. DESCHAMPS, *Sur l'expression «locare operas» et le travail comme objet de contrat à Rome*, Parigi, 1907.
- A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna, 1988.
- G. DI ROSSA, *Il mandato*, in *Il codice civile commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2017.
- G. DI ROSSA, *Attività di gestione e contratti di mandato*, in *Contratto e impresa*, I, 2012, 289 ss.
- O. DILIBERTO, *Locazione e compravendita nel diritto romano: differenze e similitudini in due casi di scuola*, in *Global Law Review*, III, 2017, 5 ss.
- DONG BAOHUA, *La ricerca giuridica della riforma sul sistema di lavoro*, in *China Legal*

Science, V, 1992, 78 ss.

DONG BAOHUA, *Il meccanismo legale del regolamento sul rapporto di lavoro*, Shanghai, 2000.

DONG BAOHUA, *I dibattiti e le considerazioni sulla legislazione di lavoro*, Shanghai, 2011.

DONG BAOHUA, *La riflessione della storia e l'analisi dell'attualità sulla legislazione del servizio e del lavoro*, in *Law Science*, V, 2016, 13 ss.

P. J. DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE-284 CE*, Leiden, 2012.

M. EMILIANO, *Sulle "funzioni" del diritto privato nella Costituzione economica fascista. Contratto, impresa e concorrenza*, Macerata, 2007.

FENG YANJUN, *Le interpretazioni e le applicazioni — l'analisi dell'art. 31 del Diritto di lavoro*, in *Jilin University Journal Social Sciences Edition*, II, 1999, 39 ss.

G. FERRARO, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, LXXIX, 1998, 429 ss.

J. L. FERRARY, A. SCHIAVONI e E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola Opera*, Roma, 2018.

R. FIORI, *La definizione della 'locatio-conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999.

A. F. FONDRIESCHI, *L'appalto d'opera*, in *I contratti per l'impresa*, I, a cura di G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI, Bologna, 2012, 141 ss.

O. GAGNASSO, *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, 1983.

S. GALEOTTI, *Mare Monstrum Mare Nostrum, note in tema di pericula maris e trasporto marittimo nella riflessione della giurisprudenza romana (I secolo a. C-III secolo d.C.)*, Napoli, 2020.

G. GANDOLFI, *Il progetto pavese di un codice europeo dei contratti*, in *Rivista del diritto civile*, XXXVII, 2001, 455 ss.

GAO FUPING, HUANG WUSHUANG, *L'appartenenza del diritto della proprietà (物*

- √/)* e la gestione della proprietà, Pechino, 2002.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006.
- G. GIACOBBE, *Professioni intellettuali*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, 1987, 1065 ss.
- G. GIACOBBE e D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera*, in *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, Milano, 2009.
- C. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, XIX, trad. it. U. GREGO, Milano, 1891.
- C. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, XVI, trad. it. L. BUSATTI, T. TRINCHERI, C. LONGO e T. PREDA, Milano, 1897.
- A. GAMBARO, G. GORLA, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. SACCO, Torino, 2002.
- GONG SAIHONG, *La ricerca sulla legislazione del risarcimento dei danni medicali*, Pechino, 2001.
- G. GORLA, *Diritto comparato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, 928 ss.
- G. GORLA, *Il contratto, problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, II, Milano, 1955.
- G. GOTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955.
- G. GROSSO, *Oggetto dell'obbligazione*, Torino, 1940.
- GRUPPO DI LAVORO SULL'APPLICAZIONE DEL CODICE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA DELLA CORTE, *Comprensione e applicazione del Libro dei contratti nel codice civile della repubblica popolare cinese*, IV, Pechino, 2020.
- A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001.
- HAN SHIYUAN, *L'inadempimento e i rimedi nel contratto di servizio per il medico*, in *Chinese Journal of Law*, VI, 2005, 89 ss.
- HAN SHIYUAN, *Il contratto di lavoro*, Pechino, 2010.
- HAN SHIYUAN, *Il diritto di contratto*, Pechino, 2011.
- HE QINHUA, YIN XIAOHU, *La storia del diritto civile della repubblica popolare cinese*,

Shanghai, 1999.

HU KANGSHENG, *Le interpretazioni del diritto di contratto della repubblica popolare cinese*, Pechino, 2013.

HUANG DINGQUAN, *Il diritto del medico*, Pechino, 2003.

HUANG MEILING (trad.), *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, Pisa, 2021.

HUANG WEI, *Le interpretazioni del Libro di contratto del codice civile cinese*, Pechino, 2020.

P. ICHINO, *Il contratto di lavoro, I*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, Milano, 2000.

P. ICHINO, *Il contratto di lavoro, II*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, Milano, 2003.

P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto di lavoro*, Milano, 1989.

C. JANSEN, *Principles of European Law on Service Contracts: Background, Genesis, and Drafting Method*, in *Service Contracts*, a cura di R. ZIMMERMANN, Tübingen, 2010, 43 ss.

JIA YUPING, *Proposta degli articoli sul contratto di servizio per la spedizione del Libro di contratto nel codice civile cinese*, in *He Bei Law Science*, VII, 2019, 119 ss.

JIANG JIAYI, *Le basi e i limiti del diritto della risoluzione discrezionale del contratto di mandato*, in *Private law review*, II, 2017, 97 ss.

T. KADNER GRAZIANO, *Dienstleistungsverträge im Recht der Schweiz, Österreichs und Deutschlands im Vergleich mit den Regelungen des Draft Common Frame of Reference*, in *Service Contracts*, a cura di R. ZIMMERMANN, Tübingen, 2010, 59 ss.

KANG NA, *Sulla legislazione del patrimonio virtuale nell'economia digitale — una prospettiva basata sull'art. 127 del codice civile e il contratto di deposito*, in *Journal of Shan Dong university (Philosophy and social science)*, V, 2021, 49 ss.

M. KASER, *Periculum locatoris*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, LXXIV, 1957, 155 ss.

L. KLESTA, *La determinazione del prezzo nel contratto: una riflessione alla luce della*

- recente riforma francese, in rivista di diritto civile, I, 2018, 90 ss.*
- LI KUNGANG, *Le limitazioni e gli equilibri nel diritto del contratto di lavoro, in Academic Journal of Zhongzhou, VI, 2005, 81 ss.*
- LI JIANWEI, *Dei problemi importanti relativi alla legislazione nel Libro del contratto nel codice civile cinese, in Political science and law, VII, 2017, 14 ss.*
- LI XIANG, *Il principio della distribuzione secondo il lavoro prestato in Cina, in Peking University Law Journal, V, 2019, 1195 ss.*
- LIU XUANLIN, *La codificazione del codice civile e la tipificazione del contratto di medico, in Research on Rule of Law, III, 2019, 54 ss.*
- LIU YANG, *Il principio e il proprio superamento del rischio nella prestazione corrispettiva, in Research on Rule of Law, V, 2018, 95 ss.*
- LIN JIA, *Dei problemi giuridici del contratto di lavoro, in The Jurist, VI, 2003, 65 ss.*
- C. LONGO, *Diritto romano: la locatio-conductio, Pavia, 1921.*
- S. LONGO, *Emptio venditio et locatio conductio familiaritatem aliquam habere videntur, le fattispecie gaiane oggetto di dibattito giurisprudenziale, Torino, 2019.*
- LOU YU, *La scelta del codice civile tra il contratto di lavoro (劳动) e il contratto di lavoro (雇佣), in Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law), V, 2019, 141 ss.*
- G. I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale, I, Milano, 1938.*
- MA CHANGHUA, ZHANG GANG, *La logica del regolamento sui danni medici e la sua applicazione, in He Bei Law Science, II, 2022, 43 ss.*
- MA ZHONGFA, FENG KAI, *La responsabilità del risarcimento dei danni provocati dalla risoluzione discrezionale nel contratto di mandato, in Oriental Law, III, 2009, 102 ss.*
- G. MANCINETTI, *L'emersione dei doveri «accessori» nella "locatio conductio", Padova, 2017.*
- R. MARTINI, *Mercennarius: contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano, Milano, 1958.*

- A. MASI, *Il metodo esegetico, le prolusioni, e l'inizio del metodo dogmatico*, in *Novecento giuridico: i civilisti*, a cura di P. PERLINGIERI, A. TARTAGLIA POLCINI, Napoli, 2010, 3 ss.
- M. MAZZIOTTI, *Lavoro (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del lavoro*, XXII, Milano, 1973, 327 ss.
- O. MAZZOTTA, *Caro Marcello, a Pisa discutevamo di...*, in *Risistemare il diritto di lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, a cura di L. NOGLER, L. CORAZZA, Milano, 2012, 65 ss.
- L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, 1072 ss.
- L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della CECA*, Lussemburgo, 1965, 487 ss.
- L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico). Parte I*, in *Rivista del diritto commerciale*, LII, 1954, 185 ss.
- A. METRO, *Custodiam praestare*, in *Labeo*, XIII, 1967, 60 ss.
- A. METRO, *Locatio conductio operarum e rischio contrattuale*, in *Panorami*, V, 1993, 47 ss.
- R. MICHAELS, *Code vs Code, Nationalist and internationalist images of the Code civil in the French resistance to a European Codification*, in *Journal of European tort law*, III, 2012, 277 ss.
- P. MICHELA, *Unificazione del diritto privato europeo, del diritto dei contratti e concetto europeo di contratto*, in *Diritto civile e commerciale*, 2007, <https://www.diritto.it/unificazione-del-diritto-privato-europeo-del-diritto-dei-contratti-e-concetto-europeo-di-contratto/>, ed. online.
- J. MIQUEL, *Periculum locatoris. Ricerche in tema di responsabilità contrattuale*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, LXXXI, 1964, 134 ss.
- I. MOLNAR, *Object of locatio conductio*, in *Bullettino dell'istituto del diritto romano*, LXXXV, 1982, 127 ss.

- L. V. MOSCARINI, *Il contratto di appalto e le figure affini*, in *Il contratto di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2011, 5 ss.
- G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, Milano, 2020.
- E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa, diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017.
- N. PALAZZOLO, *Le conseguenze della morte del «conductor operarum» sul rapporto di lavoro*, Roma, 1964.
- M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, LXXIX, 1998, 509 ss.
- M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione: poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985.
- M. PENNASILICO, *Il corrispettivo*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2009, 121 ss.
- P. PERLINGIERI, G. BISCONTINI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2000.
- V. PERONE, *Retribuzione*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, 34 ss.
- S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Milano, 1947.
- A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, Milano, 1966.
- P. PINNA PARPAGLIA, «*Vitia ex ipsa re*» *Aspetti della locazione in diritto romano*, Milano, 1983.
- G. PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano, 1962, 691 ss.
- G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991.
- QIAN YEFANG, *Il futuro del contratto di lavoro nel contesto della codificazione del codice civile*, in *Zhejiang Academic Journal*, VI, 2018, 52 ss.
- J. RILEY, *The Definition of the Contract of Employment and its Differentiation from Other Contracts and Other Work Relations*, in *The contract of employment*, Oxford,

2016, 321 ss.

L. RIVA-SANSEVERINO, *Del lavoro*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1963.

P. SANDULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di diritto privato*, XV, Torino, 1986.

F. SANTORO-PASSARELLI, *Opera (contratto di)*, in *Novissimo digesto italiano*, XI, Torino, 1957, 982 ss.

F. SANTORO-PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Saggio di diritto civile*, a cura dello stesso SANTORO-PASSARELLI, Napoli, 1961, 1069 ss.

F. SANTORO-PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, Torino, 1967, 1065 ss.

F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1991.

G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979.

G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro autonomo*, in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, 1990, 2 ss.

G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Torino, 2004.

M. SARGENTI, *Rischio (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, 1989, 1126 ss.

A. P. SCARSO, *La mediazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2014.

R. SCOGNAMIGLIO, *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, 2007.

SHEN JIANPING, *La ricerca del sistema del contratto di lavoro*, in *Study and Exploration*, III, 2006, 119 ss.

S. PATTI (a cura di), *Codice civile tedesco, Bürgerliches Gesetzbuch*, Milano, 2005.

R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992.

S. SOLAZZI, *Il lavoro libero nel mondo romano*, in *Annuario della R. Università di Macerata*, anno scolastico 1905-1906, 1905, 141 ss.

SONG ZONGYU, WEN CHANGHUANG, ZENG WENGE, *I caratteri e la storia del contratto per il progetto di costruzione*, in *Journal of Chongqing Jianzhu University*,

XXV, 2003, 87 ss.

L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Napoli, 1967.

M. STOLFI, *Appalto (contratto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, 629 ss.

SUN XIANZHONG, *L'adozione della giurisprudenza di Pandekte: introduzione, declino e rinascita*, in *Chinese academy of social science*, II, 2008, 88 ss.

M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.

TAN LING, HU DANYING, *Rianalisi sui problemi della gestione della proprietà*, in *Modern Law Science*, VI, 2006, 188 ss.

TANG BOTAO, *Il riconoscimento del contratto di appalto*, in *Nanjing University Law Journal*, IV, 2021, 34 ss.

TANG CHAO, *La critica sul capitolo VII della responsabilità da fatto illecito nel Diritto della responsabilità da fatto illecito*, in *Nan Jing University Law Review*, I, 2017, 129 ss.

L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo*, discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico (R. Univ. Di Macerata, 5 novembre 1893), Macerata, 1893.

M. TESCARO, *Unitarietà e centralità del contratto d'opera nel panorama dei contratti di servizi*, Milano, 2017.

J.A.C. THOMAS, *Carriage by Sea*, in *Revue Internationale des droits de l'antiquité*, III, 1960, 489 ss.

TIAN SILU e JIA XIUFEN, *Studio del lavoro a contratto---la teoria e la pratica in Giappone*, Pechino, 2007.

T. F. E. TJONG TJIN TAI, *Service Contracts in the Dutch Civil Code*, in *Service Contracts*, a cura di R. ZIMMERMANN, Tübingen, 2010, 167 ss.

T. TREU, *Rapporti economici*, in *Commentario della costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1979.

A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2018.

L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione del contratto per impossibilità della*

prestazione e di ripartizione del rischio nella «locatio conductio», in Iuris vincula, Studi in onore di Mario Talamanca, V, Napoli, 2001, 247 ss.

L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano: corso di lezioni*, Torino, 2012.

A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Milano, 2004.

G. VARENESE, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, Napoli, 2009.

C. VON BAR, E. CLIVE, *Principles, definitions and model rules of european private law: draft common frame of reference (DCFR), IV*, Cambridge, 2010.

WANG DEZHI, *La costruzione teorica del diritto di lavoro nella costruzione*, in *China Legal Science*, III, 2014, 72 ss.

B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, Trad. it. C. FADDA e E. BENZA, Torino, 1904.

WU TENG, *La risoluzione discrezionale e la responsabilità dell'inadempimento*, in *Modern Law Science*, II, 2020, 62 ss.

XI XIAOMING, *Il responsabile del tribunale civile I della Corte Suprema del Popolo risponde alle domande dei giornalisti sull'interpretazione giudiziaria della proprietà distinta dei condomini sull'edificio e dei servizi della gestione della proprietà*, in *Comprensioni e applicazioni delle Interpretazioni giudiziali della proprietà*, Pechino, 2009.

XIA DESHAN, *Il diritto della gestione della proprietà*, Pechino, 2003.

XIA PING, *Il rapporto tra il rischio nel corrispettivo e la responsabilità dell'inadempimento*, in *Journal of Gansu University of Political Science and Law*, III, 2020, 116 ss.

XIE ZENGYI, *La codificazione del codice civile e le norme del contratto di lavoro*, in *China Legal Science*, IV, 2016, 92 ss.

XU DIYU, *Il modello cinese della struttura legale del contratto di servizio per la gestione della proprietà*, in *Chinese Journal of Law*, III, 2021, 52 ss.

XU DIYU, ZHANG JIAYONG, *Commentario del codice civile della repubblica popolare cinese*, Pechino, 2022.

YAN TIAN, *Il significato moderno della distribuzione in proporzione al lavoro nella costituzione*, in *Law Review*, I, 2022, 43 ss.

YAO ZHIMING, *Il risarcimento dei danni provocati dai vizi e dalle difformità nel contratto di appalto e l'inadempimento nella prospettiva dello sviluppo delle sentenze della corte suprema*, in *L'argomento di contratto di appalto*, a cura di CHEN ZIQIANG, DU JINGYI, YAO ZHIMING, YOU JINFU, CHEN CONGFU, LIN CHENGER, 2016, Taipei, p. 131-155.

YI JUN, *L'applicazione analogica delle norme del contratto di vendita per altri contratti onerosi*, in *Research on Rule of Law*, I, 2016, 89 ss.

YU YANTAO, *La malfunzionante invisibile e la risoluzione della sussunzione delle norme specifiche nel Diritto di contratto*, in *Journal of Gansu University of Political Science and Law*, III, 2019, 111 ss.

ZHAN DONGSHENG, *La legislazione del contratto di servizio nella prospettiva della codificazione---le esperienze e l'imitazione del diritto giapponese*, in *Studies in Law and Business*, II, 2017, 124 ss.

ZHANG GU, *Dei problemi sul Libro del contratto nel codice civile*, in *Research on Rule of law*, I, 2019, 55 ss.

ZHANG XIAOHONG, WEI REN, *I caratteri giuridici del contratto di servizio per la gestione della proprietà*, in *Law Science*, VII, 1998, 41 ss.

ZHENG XIAOSHAN, *La riorganizzazione del sistema legale del lavoro nell'era del codice civile*, in *Ji Nan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, III, 2022, 90 ss.

ZHENG XIAOSHAN, *La natura giuridica del 'Diritto del contratto di lavoro' il sistema di appartenenza*, in *Tsinghua University Law Journal*, III, 2022, 149 ss.

ZHENG JIANING, *Tipicizzazione del contratto di servizio per la spedizione dalla prospettiva dell'espressione legislativa e il metodo dell'implementazione*, in *The Jurist*, I, 2019, 124 ss.

ZHENG SHANGYUAN, *La funzione e la posizione del contratto civile di lavoro e del contratto di lavoro nel contesto della codificazione del codice civile*, in *The Jurist*, VI, 2016, 57 ss.

ZHOU JIANGHONG, *Il risarcimento della risoluzione discrezionale nel contratto di mandato*, in *Research on Rule of Law*, III, 2017, 75 ss.

ZHOU JIANGHONG, *Le esperienze e lezioni nel fallimento della legislazione di contratto di servizio in Giappone*, in *Rivista dello shanghai university of political science and law*, III, 2020, 59 ss.

ZHOU JIANGHONG, *Le modifiche e le interpretazioni del contratto di mediazione nel codice civile cinese nella prospettiva del rapporto dell'applicazione analoga tra il contratto di mandato e il contratto di mediazione*, in *Journal of Comparative Law*, II, 2021, 54 ss.

ZHU HU, *Il diritto discrezionale della risoluzione nel contratto di mandato*, in *Peking University Law Journal*, IV, 2020, 1018 ss.

ZHUANG JIAYUAN, *La costruzione del sistema del diritto di ritenzione: basarsi sulla connessione*, in *Studies in Law and Business*, III, 2022, 142 ss.

INDICE DELLE FONTI

FONTI GIURIDICHE ANTICHE

Cato

De agri cultura liber

Cat. Agr. 144

Gaius

Institutiones

Gai. 3.143

Gai. 3.145

Gai. 3.146

Gai. 3.147

Corpus Iuris Civilis

Digesta

D.3.1.1.6

D.10.1.4.1

D.11.3.14.7

D.14.2.10pr.

D.18.1.20

D.19.2.2

D.19.2.15.2

D.19.2.19.9

D.19.2.24

D.19.2.30.3

D.19.2.31

D.19.2.33

D.19.2.36

D.19.2.37

D.19.2.38pr.

D.19.2.59

D.19.2.60.3

D.19.2.60.7

D.19.2.62

D.19.5.1.1

D.34.2.34pr.

D.46.3.31

D.50.13.1

D.50.13.1.13

D.50.16.5.1

FONTI GIURIDICHE MODERNE OCCIDENTALI

Bürgerliches Gesetzbuch

Art. 394

Art. 611

Art. 656

Art. 675

Codice civile italiano

Art. 1137

Art. 1176

Art. 1218

Art. 1325

Art. 1664

Art. 1665

Art. 1666

Art. 1672

Art. 1678

Art. 1686

Art. 1710

Art. 1713

Art. 1748

Art. 2099

Art. 2118

Art. 2222

Art. 2223

Art. 2224

Art. 2225

Art. 2226

Art. 2228

Art. 2229

Art. 2230

Art. 2231

Art. 2232

Art. 2233

Art. 2234

Art. 2236

Codice di deontologia degli avvocati europei

Art.1.1

Codice europeo dei contratti

Art. 230-328

Costituzione italiana

Art. 1

Art. 35

Art. 36

Draft common frame of reference

IV. C-2:103

IV. C-2:105

IV. C-2:108

Legge 247/2012

Art. 13

Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, in Codice civile.

Testo e relazione Ministeriale, Roma, 1943.

FONTI GIURIDICHE MODERNE ORIENTALI

Codice civile giapponese

Art. 523

Art. 623

Art. 624

Art. 656

Registrazioni delle conferenze di revisione giuridica

民法(債権関係)の改正に関する検討事項(12) 詳細版 Questioni di revisioni relative al diritto civile (il rapporto obbligatorio) (12) la versione specifica

民法(債権関係)の改正に関する中間試案 Progetto di tentativo sulla revisione del diritto civile (il rapporto obbligatorio)

民法(債権関係)の改正に関する要綱案 Sintesi della revisione del diritto civile (il rapporto obbligatorio)

FONTI GIURIDICHE MODERNE ORIENTALI CINESI

Codice civile cinese

Art. 2
Art. 4
Art. 5
Art. 6
Art. 10
Art. 127
Art. 271
Art. 322
Art. 509
Art. 584
Art. 528
Art. 533
Art. 562
Art. 563
Art. 566
Art. 584
Art. 604
Art. 610
Art. 621
Art. 646
Art.770
Art. 774
Art. 775
Art. 781
Art. 843
Art. 852
Art. 878
Art. 889
Art. 919
Art. 921
Art. 922
Art. 924
Art. 927
Art. 928
Art. 933
Art. 937
Art. 960
Art. 961
Art. 963
Art. 966
Art. 983

Costituzione cinese

Art. 6

Art. 42

Ordinanza sulla gestione della proprietà del 2006

Art. 33

Ordinanza sulla gestione della proprietà del 2007

Art. 32

Art. 59

Diritto di viaggio

Art. 52

Diritto di lavoro

Art. 31

Art. 3

Art. 410

Diritto del contratto di lavoro

Art. 2

Art. 11

Art. 28

Disposizione del contratto collettivo

Art. 3

Art. 4