

LA LOCATIO OPERARUM E LA LOCATIO OPERIS NEI COMUNI: PRIMI APPUNTI (IN BOZZA) DEL 1992

Preliminarmente risulta utile chiarire la differenza tra il contratto di lavoro subordinato (locatio operarum) e il contratto d'opera (locatio operis) (sui caratteri distintivi ed individuanti i due rapporti vedansi Cass.n.1037,Sez.Lav., 13/2/1990; Cass. n.2905 in data 16/6/1989; Cass. n.359 in data 21/1/1989).

Nel contratto di lavoro rinveniamo, sostanzialmente, la precipua presenza di quattro elementi:

a) subordinazione: "ossia il vincolo di natura personale che assoggetta il prestatore d'opera, limitandone la liberta', al potere direttivo del datore di lavoro" (Cass. 12 agosto 1982, n.4582) quivi rientrano anche le direttive (concettualmente diverse da quelle ammesse nel contratto d'opera le quali sono programmatiche,ovvero si configurano quali prescrizioni o controlli programmati all'attivita' di risultato del prestatore), peraltro, la subordinazione e' configurabile, come si vedra' oltre, anche in mancanza di vincoli visibili e dichiarati che nel contratto di lavoro non escludono "una certa autonoma iniziativa e discrezionalità del dipendente" (Cass. 21 marzo 1964 n.542). Invero, il carattere subordinato di un rapporto di lavoro non puo' essere affermato sulla base della mera obiettiva identita' del contenuto delle relative prestazioni, rispetto ad altre effettuate in tempi diversi e ricollegabili ad un rapporto di lavoro subordinato tra le medesime parti atteso che l'indicata distinzione va desunta dalle caratteristiche e dalle modalita' con le quali le prestazioni stesse vengono espletate (Cass. n.2680 del 3 aprile 1990; Cass. n.8134 del 1987).

b) onerosita`;

c) collaborazione;

d) continuita`: il carattere saltuario e facoltativo della utilizzazione esclude la natura subordinata del rapporto (Cass. n.1037 del 13 febbraio 1990, contra Cass. n.5363 del 19 dicembre 1985).

Relativamente al rapporto di (pubblico) impiego ulteriori indici rilevatori dell'esistenza di siffatto rapporto sono stati individuati dal Consiglio di Stato (parere 801/84,Sez.1 del 25/5/1984) nei seguenti: a) correlazione tra l'attivita` del rapporto ed i fini istituzionali;b) predeterminazione della retribuzione; c) continuita` e professionalita` della prestazione; d) assenza di una sia pur minima organizzazione imprenditoriale; e) la determinazione dell'orario di lavoro; f) le modalita' di pagamento del corrispettivo.

Succintamente: nel contratto di lavoro subordinato v'e' la continuita' di un agire, mentre nel contratto di lavoro autonomo (distinto nelle due forme principali: d'opera ex art.2222 cod. civ. e d'op.intellettuale ex art.2238 ss. codice civile) il risultato e' normalmente una opera finita, ossia un opus perfectum; in entrambe le forme di lavoro e' comunque sempre necessario un impegno obbligatorio di lavoro, un impiego di energie che e' in se' utile alla persona per cui viene compiuto (faciendi necessitas). L'elemento della subordinazione e' sicuramente decisivo e avente rilevanza probatoria ai fini della distinzione tra lavoro subordinato e autonomo (vedasi il commento nel Codice Civile curato da P.RESCIGNO, Giuffre', 1992).

In particolare, nel contratto d'opera rilevante e` il risultato finale da conseguirsi (ovvero l'opus od il servizio) e non la prestazione di lavoro in se' e per se', le energie lavorative (operae) inoltre rileva l'incidenza del rischio dell'attivita` incombente sul lavoratore autonomo. Infatti il rischio e` elemento essenziale del contratto de quo (la sua carenza e` rilevabile specificatamente anche nel fatto che, per l'eventuale inadempienza, non sussista l'obbligo della ripetizione del servizio o dell'opus imperfettamente eseguiti). Si riscontra ed e` quindi necessaria la sussistenza di un lavoro prevalentemente proprio e di una certa attivita` organizzativa del prestatore in una sfera di autonomia di azione e di organizzazione nell'ambito dell'incarico affidato, con esclusione di qualsiasi vincolo di subordinazione gerarchica. La prestazione si atteggia cosi` a risultato dell'attivita` organizzata dal prestatore d'opera nella sussistenza di un lavoro prevalentemente proprio e di una certa attivita` organizzativa

\$LOGOIMAGE

del prestatore medesimo.

Si pone anche l'accento sul fatto che sovente il rapporto in parola viene a configurarsi come obbligazione di mezzi (es. direzione di lavori di un'opera : vedi Cass.Civ.,Sez.III, 28/1/1985,n.488) concretandosi in un complesso di attività strumentali rispetto all'obiettivo finale (per esempio: realizzazione di un edificio a regola d'arte e in conformità al progetto).

Precisasi che il contratto d'opera è un rapporto convenzionale con natura di posizione di parasubordinazione e per il quale vige il principio sostanziale dell'irrelevanza degli elementi formali (al di là quindi anche del nomen Juris utilizzato dalle parti, in quanto ciò che conta per la qualificazione del rapporto è l'effettiva natura ed il reale contenuto del rapporto medesimo vedasi Cass. Pen. n.4872 del 17 maggio 1985; Cass. n.11925 del 15 dicembre 1990, ecc.) o, a contrario, dove gli indici rilevatori del rapporto di (pubblico) impiego possono utilizzarsi per provare, appunto, l'esistenza di siffatto rapporto (vedasi il già citato parere Cons.St.,Sez.1, n.801/84 del 25/5/84), difatti va valutata non solo la concreta disciplina del rapporto quale voluto dalle parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale (vedasi Cass. n.2024 Sez.Lav. 13/3/1990 e Cass. n.6284 in data 16/7/1987) ma pure il modo (che è determinante) in cui l'attività lavorativa è utilizzata, sicché occorre stabilire se ricorra l'inserimento del prestatore nell'organizzazione aziendale e a tal fine deve tenersi conto dell'eventuale carattere saltuario e facoltativo della utilizzazione medesima che esclude la natura subordinata del rapporto. La subordinazione, quindi, è configurabile anche in mancanza di vincoli visibili e dichiarati (orario di lavoro, codice disciplinare, ordini di servizio) e, addirittura, nonostante l'intermittenza e la saltuarietà delle prestazioni lavorative (cfr. Cass. 19/12/1985 n.5363). Altri criteri di qualificazione possono riscontrarsi in specifici aspetti del tipo: applicabilità di misure sanzionatorie, destinazione o finalità delle prestazioni, inserimento nell'organizzazione datoriale, ecc..

Onde individuare con maggior precisione la natura dei due rapporti in argomento si rammenta che il contratto d'opera è un contratto ad esecuzione istantanea, mentre il contratto di lavoro è ad esecuzione continuata (la retribuzione, infatti, in quest'ultimo rapporto viene quantificata in base all'elemento temporale anche se, ultimamente, il trend normativo sembra voler privilegiare una retribuzione per obiettivi raggiunti, mentre nel contratto d'opera la retribuzione viaggia solo in relazione al risultato finale ,a prescindere dal tempo impiegato per conseguirlo), la durata non ha quindi rilievo nell'espletamento dell'opera perché ciò che conta è il risultato. Più icasticamente: il lavoro si incorpora nel tempo diventando indistinguibile. Infatti: nella locatio operis interessa l'opera conclusa e non il lavoro impiegato, ciò comporta concreti problemi di distinzione tra l'attività dei due contratti.

Anche il Ministero dell'Interno-Direzione generale dell'amministrazione civile - è intervenuto sul problema de quibus con una circolare datata 3/9/1985 n.5/85 avente per oggetto "Problematiche relative all'assunzione di personale negli enti locali mediante contratti d'opera ai sensi dell'art.2222 c.c., nonché allo esercizio della libera professione da parte dei dipendenti degli stessi enti.Precisazioni". Il prefato dicastero, oltre a premettere che gli atti di assunzione ex art.2222 solitamente tendono ad eludere la vigente disciplina relativa alle assunzioni di pubblico impiego, va a ravvisare la presenza dell'istituto del contratto d'opera soltanto laddove venga riscontrata una minima organizzazione imprenditoriale e, congiuntamente, la fornitura da parte del Comune degli strumenti indispensabili per l'attività lavorativa. Sul criterio del fine istituzionale ripetiamo che ove risulti che l'attività lavorativa sia ordinata ad un fine istituzionale ciò varrebbe a renderne sicura, oltre che a dimostrare l'inesistenza di una locatio operis, anche l'immissione nell'apparato dell'ente (Cons.St.,Sez.IV, n.326/1986).

Pero' è anche vero che la Corte dei Conti,Sez.II, con decisione n.130 in data 24/2/1972 e con sentenza della prima Sezione n.74 in data 18/3/1974 ha stabilito un principio di carattere generale per il quale l'utilità, la necessità e l'effettiva prestazione di un lavoro da parte del personale assunto illegittimamente sono elementi di esclusione della sussistenza della responsabilità per danno. Successivamente anche il giudice contabile con sentenza n.14 del 1984 ha mutato rotta affermando che le prestazioni di lavoro contra legem escludono ex se l'utilità.

In concreto, deve effettuarsi il riscontro del "contesto di fatto" valutando la reale situazione operativa dell'unità lavorativa, poiché difficilmente essa potrebbe essere considerata autonoma e avulsa dall'apparato e dall'organizzazione aziendale qualora la sua operatività presupponesse e/o fosse condizionata dal supporto dell'organizzazione datoriale e cioè dalla disponibilità e dall'efficienza sia dei mezzi tecnici sia del personale di supporto, facenti capo al datore di lavoro; in pratica tali valutazioni devono fornire gli elementi atti a valutare se ricorra, nella fattispecie esaminata, un "contesto contrattuale" (vedi circolare INPS n.74/RCV del 23/3/1990).

Sempre l'INPS con circolare n.179/rcv dell'8 agosto 1989 ha sottolineato che per distinguere i due rapporti di lavoro "la giurisprudenza ha sempre posto maggior rilievo sull'oggetto del contratto, se cioè trattasi di promessa di una pura e semplice attività di lavoro, ovvero di promessa di un risultato", ancora, come si è già detto ulteriori criteri di differenziazione sono stati individuati dalla giurisprudenza che ha sottolineato l'elemento della subordinazione, dell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale, della volontà concretamente manifestata dalle parti.

Occorre inoltre riscontrare due aspetti: la posizione dei prestatori d'opera o servizio rispetto il servizio sanitario Nazionale e la posizione ed i comportamenti delle parti rispetto al vigente ordinamento fiscale: "infatti, posizioni o rapporti lavorativi non possono essere dedotti come autonomi (e non dipendenti) soltanto per escludere gli obblighi assicurativi presso l'INPS previsti per i lavoratori dipendenti, ma debbono risultare identicamente dedotti e confermati a tutti gli altri effetti previsti dall'ordinamento".

Conclusivamente, richiamiamo le possibilità offerte dal vigente quadro normativo: l'art.7, comma settimo, della Legge 554/1988 consente il conferimento, per specifiche professionalità, non inferiori all'8^a q.f. e non disponibili nei relativi ruoli organici di incarichi di consulenza professionale, trattasi di uno strumento alternativo rispetto a quello tipico apprestato per conseguire gli scopi dell'amministrazione;

Il comma quinto dell'art.51 della Legge 142 del 1990 prevede la possibilità mercede' previsione statutaria di coprire i posti di responsabili dei servizi o degli uffici, di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, mediante contratto a tempo determinato di diritto pubblico o, eccezionalmente e con deliberazione motivata, di diritto privato, fermi restando i requisiti richiesti dalla qualifica da ricoprire.

Per il settimo comma del medesimo art.51, per obiettivi determinati e con convenzioni a termine, il regolamento comunale può prevedere collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità'.

La legge delega al Governo, recentissimamente approvata dalle Camere, contempla la possibilità di instaurare rapporti di lavoro privatistici (nonostante, sia detto, il parere in larga parte discorde del Consiglio di Stato, adunanza generale del 31 agosto 1992).

Laddove il Comune intenda, nella propria orbita di autonomia e utilizzando la potestà autoorganizzatoria dei servizi burocratici e dei servizi comunali, avvalersi delle specifiche o specializzate prestazioni di qualcuno

Cio' in base anche al fatto che l'azione amministrativa varia e si intona non soltanto sulla struttura comunale ma, stante l'inadeguatezza di siffatta variabile e della rigidità del personale, anche in un diverso modo ove la discrezionalità organizzativa del Comune circa attività di natura tecnica specialistica possono dar luogo a

\$LOGOIMAGE

rapporti di lavoro con valenza di soluzione derogatoria rispetto al pubblico impiego e, alla fine, per il fine della miglior cura del sotteso interesse pubblico.

Viene così a riconoscersi in capo all'amministrazione il diritto e la facoltà di adottare ed inserire nella propria dotazione di mezzi (tutti tesi al perseguimento degli interessi ed obiettivi comunitari) il grado di professionalità che occorre per dar corpo al migliore assetto di lavoro. Esiste infatti, ora e vieppiù, un legame tra l'amministrazione ed i nuovi compiti - rectius: interessi pubblici - che ad essa vengono imputati dalle norme; trattasi di legame che si manifesta non solo a livello di attività amministrativa, ma anche a livello di organizzazione (funzionalizzazione dell'amministrazione : vedi l'art.97 Cost.) posto che l'organizzazione non è una variabile indipendente rispetto all'attività, ma è ad essa strumentale.