

Gabriele Chiarini

FATTISPECIE E DISCIPLINA DEI SERVIZI

Contributo alla riflessione giuridica
sugli istituti della società post-industriale



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-15523-2

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2011
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - Sito Internet: www.giuffre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via E. Guicciardini 66

INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	1
<i>Breve premessa metodologica</i>	5

Capitolo Primo

RILIEVO NORMATIVO E NOZIONE DI «SERVIZIO». DELIMITAZIONE DELL'ÀMBITO DI INDAGINE

1. Considerazioni preliminari. Necessità di delimitare l'ambito di indagine attraverso l'individuazione del rilievo normativo della nozione di «servizio».	15
2. La nozione di servizio delineata dall'ordinamento comunitario. Ordinaria onerosità del rapporto avente ad oggetto la prestazione di servizi e residualità del concetto	19
3. La nozione di servizio nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici tra diritto comunitario e diritto interno. Velleità classificatorie (nella legge n. 157 del 1995, nella direttiva n. 18 del 2004 e nel d.lg. n. 163 del 2006), incertezze applicative e sostanziale residualità del concetto . . .	24
3.1. Appalto e concessione di pubblici servizi quali strumenti per la realizzazione di finalità socialmente utili. Cenni	33
4. Beni e servizi nella disciplina delle imposte dirette ed indirette. La definizione delle «prestazioni di servizi» offerta dal d.p.r. n. 633 del 1972 . .	37
5. I servizi nel sistema del codice civile. In particolare: le disposizioni dedicate all'appalto, al contratto d'opera e all'impresa	42
6. Riflessioni conclusive. Ambiguità semantica del concetto di «servizio» ed opportunità di proporre una descrizione stipulativa al fine di delimitare l'ambito dell'indagine. Il servizio come «azione»: rinvio. Il valore della dicotomia «beni» e «servizi»: impostazione del problema	48

Capitolo Secondo

BENI E SERVIZI

Sezione prima - BENI, COSE E DIRITTI REALI

1. L'art. 810 c.c. e la (talvolta limitata) utilità delle definizioni legislative	58
2. Le cose come genere prossimo di appartenenza dei beni	64

2.1. Cosa è la «cosa». Verifica dell'idoneità del vocabolo a designare in maniera univoca entità immediatamente percepibili attraverso l'osservazione diretta	69
2.2. Tratti caratteristici della cosa in senso giuridico (tra critica ed apologia di un dogma). La corporalità	72
2.3. <i>Segue</i> . La discutibile categoria delle «cose incorporali» ed il problema dei diritti sui diritti	76
3. L'attitudine a formare oggetto di diritti e la progressiva «smaterializzazione» del concetto di cosa nello sviluppo dottrinale. <i>Rinvio</i>	84
4. Alcune riflessioni conclusive. Il ruolo dell'art. 810 c.c. nella dottrina del bene giuridico	87

Sezione seconda - BENI GIURIDICI E QUALIFICAZIONE NORMATIVA

1. Il problema della rilevanza e dell'efficacia giuridica	91
2. <i>Segue</i> . I presupposti della rilevanza giuridica. Irrilevanza e inconfigurabilità del fatto. Relazionalità del concetto di rilevanza	103
3. Profili ricostruttivi. Rilevanza giuridica dei (fatti concernenti) beni. Tecniche di qualificazione dei beni giuridici	109
3.1. L'accezione «amplissima» del bene giuridico (in particolare: nella scienza del diritto penale).	111
3.2. Beni giuridici e diritti reali. La rilevanza giuridica delle «cose» tra «corporalità», «utilità» e «patrimonialità»	115
3.3. Corporalità dell'intangibile e tangibilità dell'incorporeo. Il problema delle energie naturali	126
3.4. L'immaterialità di alcuni beni tra pretesa «esclusività» e supposta «patrimonialità»	133
3.5. Beni patrimoniali e beni non patrimoniali. Beni che postulano un godimento esclusivo e beni che arrecano un'utilità diffusa. Il bene quale termine di congiunzione di carattere obiettivo tra l'interesse umano e la norma che ad esso attribuisce tutela giuridica	139
3.6. <i>Segue</i> . Interessi, valori e criteri di qualificazione. Dal «bene giuridico» alla «situazione giuridica soggettiva»	145
4. Osservazioni conclusive. Insufficienza della dottrina del bene giuridico al fine di offrire una qualificazione normativa dei servizi. L'«invisibilità» quale criterio descrittivo non esaustivo ed indice di sostanziale residualità del concetto di servizio. Necessità di prediligere, quale prospettiva di ricerca, la teoria delle situazioni soggettive e del rapporto giuridico. <i>Rinvio</i>	153

Capitolo Terzo

BENI, SERVIZI E SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE

1. L'ascesa e il declino del «diritto soggettivo»	159
2. <i>Segue</i> . L'allegoria dell'«interesse legittimo»	167
3. <i>Segue</i> . E l'emersione del concetto di «situazione giuridica soggettiva».	182

4. La sostanziale unitarietà di disciplina normativa delle situazioni patrimoniali e la rinnovata centralità del « rapporto giuridico »	185
5. L'obbligazione ed il suo oggetto. Improduttività di dispute nominalistiche e necessità di assumere una prospettiva finalizzata all'individuazione della sostanza del fenomeno obbligatorio	193
6. La patrimonialità della prestazione quale criterio di scelta della disciplina applicabile al rapporto. La meritevolezza e la liceità quali presupposti della giuridicità del vincolo obbligatorio	195
7. Il servizio come oggetto di obbligazione tra « mezzi » e « risultato ». Dall'adempimento all'attuazione del rapporto obbligatorio	199

Capitolo Quarto

**PROFILI RICOSTRUTTIVI.
FATTISPECIE E DISCIPLINA DEI SERVIZI**

1. La società post-industriale, la « dematerializzazione » dei prodotti e la « reificazione » dei servizi. L'ineludibile compenetrazione tra contratti di scambio e contratti di servizio	205
2. Breve divagazione etimo-logica (ovverosia: come comprendere a cosa « serve » un « servo » che non « serve »)	217
3. La partecipazione del beneficiario al processo di erogazione del servizio, il rilievo del supporto fisico e la sovrapposizione di relazioni operanti a differente livello. Complessità dei rapporti di servizio	222
4. Identità della prestazione e pluralità dei ruoli. Il servizio quale « fattispecie complessa » oggetto di unitaria valutazione giuridica. Dal servizio come « atto » al servizio come « attività »	227
5. Residualità della nozione di servizio quale espediente risolutivo delle difficoltà ricostruttive originate dalla frammentarietà del settore cd. terziario. Necessità di un tentativo di (ri)organizzazione strutturale	233
6. Il (fondamentale) contributo di Gerardo Santini. Dall'« analisi economica del diritto » e dal « diritto dell'economia » all'« economia del diritto » . . .	235
7. Il profilo della durata. Le riflessioni di Roberto Bocchini	241
8. Possibili profili ricostruttivi. Delimitazione dei confini concettuali della categoria dogmatica del « servizio ». Rapporti di servizio « promiscui » e disciplina normativa	245
9. <i>Segue</i> . Indicazioni per una tassonomia giuridica dei servizi	251
10. Conclusioni e prospettive	263
<i>Epilogo</i>	275
<i>Indice bibliografico</i>	277

INTRODUZIONE

La scelta del tema oggetto di studio, frutto di un autorevole quanto lungimirante suggerimento, nasce dalla constatazione dell'indiscutibile rilievo dei servizi nella realtà socio-economica contemporanea. Si stima che il cd. settore terziario concorra alla produzione di due terzi del reddito mondiale, e che in esso trovi impiego oltre la metà dei lavoratori attivi. Nei paesi maggiormente industrializzati — come gli Stati Uniti, l'Inghilterra e la Francia — la quota di occupazione relativa ai servizi è superiore a tre quarti. La stessa Italia non risulta lontana da questi valori.

La terziarizzazione dell'economia, l'avanzata dei *brain workers*, la preminenza della classe dei professionisti e dei tecnici, la centralità del sapere teorico e dell'informazione, la creazione di nuove tecnologie intellettuali, sono gli aspetti essenziali di un'età che, tuttavia, i sociologi stentano a descrivere esaustivamente. Nella consapevolezza del tramonto (forse, ma non senz'altro, definitivo) del ruolo dominante dell'industria, essi si limitano a qualificare l'attuale società come «post-industriale», designando in tal guisa un periodo di transizione la cui destinazione è quantomai indeterminata.

Il superamento della società industriale, nondimeno, trova attuazione all'insegna della massima industrializzazione, se è vero che sono sempre più rari gli oggetti della vita quotidiana che non traggono origine in un processo industriale o, più in generale, manifatturiero. La stessa rivoluzione informatica — fra i principali artefici dell'avvento della nuova era — non può prescindere dall'industria e dalla tangibilità dei suoi prodotti. I *personal computers* hanno indubbia consistenza materiale, sì come il supporto che necessariamente ospita il *software*. Del pari, le telecomunicazioni non possono realizzarsi senza i cavi, i trasmettitori, i *servers*, e tutti gli altri apparati elettronici funzionali alle connessioni a distanza. Né risultano in crisi la produzione e la distribuzione di stampanti, le quali conservano il nostalgico quanto indispensabile ruolo di materializzare su carta l'immateriale contenuto dell'intelletto.

Le metodologie organizzative e produttive tipicamente industriali hanno, del resto, pervaso il settore dei servizi. Si pensi soltanto ai servizi del tempo libero concernenti lo spettacolo, il cinema, la televisione; della salute e del benessere effettuati in centri estetici, palestre, stabilimenti termali; di manutenzione, riparazione e pulizia; di trasporto terrestre, ferroviario, aereo e sull'acqua; di editoria e di stampa; e via dicendo.

Finanche l'agricoltura, nei Paesi cd. sviluppati, viene praticata mediante procedimenti spiccatamente industriali, talvolta in maniera preoccupantemente irrispettosa della salute degli esseri umani e dell'ambiente che li circonda.

Si assiste, così, ad una ingente crescita quantitativa e qualitativa della produzione industriale, ad onta della drastica riduzione degli addetti a tale settore. Il che è dovuto, in parte, alla delocalizzazione degli impianti produttivi — ad opera delle imprese delle vecchie potenze industriali — nei Paesi cd. emergenti, dove il costo del lavoro (e, di riflesso, della produzione stessa) è di gran lunga inferiore. Ma è altresì determinato dalla circostanza che il progresso tecnologico e l'aumento della produttività consentono di superare il « fare a macchina » per addivenire al « far fare alla macchina », ovvero sia di realizzare più merci impiegando il lavoro di meno operai.

Ai quali resta, pertanto, maggior tempo libero per elaborare esigenze — siano esse effettive o indotte — ulteriori rispetto a quelle fondamentali (*id est*: attinenti alla sopravvivenza) e per desiderarne la realizzazione. Alla quale potranno provvedere i lavoratori del terziario, inutilizzati dall'industria, mercé l'ausilio dei prodotti da quest'ultima fabbricati, quasi a dimostrazione della profonda immanenza della dimensione fisica dell'uomo, giammai del tutto rinnegabile a dispetto di ogni aspirazione ad elevarsi a pura spiritualità.

La specie umana sta, dunque, attraversando una « svolta epocale », non già nell'enfatico significato di « mutazione straordinaria o eccezionale », bensì nel più modesto senso di « passaggio da un periodo storico ad un altro ». L'« epoché (astéron) » greca, del resto, prima di rappresentare la sospensione del giudizio degli scettici, significava « posizione (delle stelle) ». E gli astri — si sa — mutano allineamento secondo il luogo ed il momento in cui li si osserva, senza considerare che essi hanno vita durevole ma limitata, sì che di tanto in tanto ci si avvede che alcuni si estinguono mentre altri restano ad illuminare la notte.

La realtà attuale è sfuggente e polimorfa, difficilmente confinabile all'interno di inflessibili recinti concettuali. Perciò, i cultori delle

cd. « scienze sociali » — antropologi, economisti, politologi, psicologi e sociologi — si interrogano e investigano, prospettano questioni problematiche e propongono soluzioni. Sembrano, talvolta, fare eccezione i giuristi.

La letteratura giuridica italiana dedicata *ex professo* alla materia dei servizi risulta, infatti, piuttosto avara di contributi. Se si escludono il fondamentale saggio di Gerardo Santini della fine degli anni ottanta ed i recenti studi prodotti o curati da Roberto Bocchini sulla prestazione continuativa o periodica di servizi, il tema in discorso viene trattato in maniera bensì suggestiva ma settoriale (è il caso dei lavori di amministrativisti sulla disciplina degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, oppure dei servizi pubblici; di tributaristi sull'imposizione diretta ed indiretta applicabile a beni e servizi; di internazionalisti sulla circolazione dei servizi nell'ambito della Comunità europea e di altre organizzazioni sovranazionali; di agraristi sulla produzione di servizi in agricoltura), ovvero ad esso si fa riferimento in *obiter dicta* all'interno di opere di più ampio respiro (è l'ipotesi soprattutto dei lavori di civilisti sulla questione dogmatica del bene e, più in generale, dell'oggettività giuridica).

La ricostruzione teorica della nozione di servizio è, tuttavia, generalmente postulata, giacché implicitamente demandata ai cultori di altre materie (per lo più, di discipline economiche ed aziendalistiche), la cui produzione scientifica sull'argomento è invece copiosissima. Si come, d'altronde, infrequentemente fattispecie e disciplina dei servizi vengono analizzate tenendo conto del contesto socio-economico in cui essi si inseriscono e delle scelte pratiche che gli operatori del mercato pongono in essere. Più spesso, invero, si privilegia la prospettiva astratta, generalizzante e dogmatica delle norme e del loro sistema circoscritto, chiuso, autoreferenziale. Nell'ambito della quale il servizio resta privo di valore descrittivo, di autonomia concettuale, e si dissolve in mera obbligazione di *facere*.

L'impegno prioritario profuso nell'elaborazione di questo lavoro è stato, allora, rivolto ad avvicinare realtà solo artificialmente distinguibili, quella giuridica, quella sociale e quella economica, al fine di comprendere il significato di un fenomeno sostanzialmente unitario.

Di imprescindibile ausilio in tale sforzo si è rivelata, innanzi tutto, la consultazione — resa possibile dalla ricchezza e dalla tutto sommato agevole fruibilità delle biblioteche delle diverse facoltà dell'Ateneo urbinato — di riviste e libri, molti dei quali disponibili soltanto in lingua inglese, solitamente estranei alla formazione del giuri-

sta ed attinenti, soprattutto, alla sociologia del lavoro, all'economia aziendale, al *marketing* ed alla microeconomia.

Parimenti pròvvide sono state altresì la disponibilità di banche dati normative e giurisprudenziali, nonché la possibilità di accedere — per la ricerca o la conferma di dati, statistiche e tendenze, specialmente di carattere macroeconomico — a quella caotica quanto oggi-giorno irrinunciabile fonte di informazioni che è la rete telematica globale denominata *internet*.

Che la modestia dei risultati raggiunti frustri, di fatto, le intenzioni e le fatiche del cosiddetto autore è, poi, altra questione.