



DIANORA POLETTI

Professore Ordinario di Diritto Privato – Università di Pisa

IL CONTRATTO D'OPERA INTELLETTUALE ANCORA ALLA RICERCA DI IDENTITÀ *

SOMMARIO. 1. *Il contratto d'opera intellettuale al tempo delle riforme.* – 2. *I tratti descrittivi (e distintivi) del contratto d'opera intellettuale nella riflessione odierna.* – 3. *Segue. Il barocco sistema delle fonti del contratto.* – 4. *Pluralità di statuti professionali e disciplina generale del contratto d'opera intellettuale.* – 5. *Compenso professionale e decoro.* – 6. *Il necessario ripudio di opposti estremismi.*

1. – Poco presente negli studi classici della dottrina civilistica perché riservato alla prevalente attenzione dei cultori del diritto commerciale o del diritto del lavoro, il contratto d'opera intellettuale costituisce una formidabile specola per ripercorrere i più attuali itinerari di riflessione che avvolgono oggi la tematica generale del contratto, anche a volere riservare prevalentemente l'attenzione alle professioni c.d. protette o “ordinistiche”. Questo, ammesso che abbia ancora senso parlare di contratto d'opera intellettuale¹ rispolverando l'antica terminologia del codice in un contesto in cui è discussa la stessa nozione di prestatore di opera intellettuale o professionale, che da qualche parte si è voluta definire come categoria più sociologica che giuridica², quando per lo stesso linguaggio giuridico termini come professione, professionista *et similia* “non han-

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione presentata al convegno “Le professioni intellettuali nel tempo delle riforme”, organizzato in data 13 febbraio 2015 dall'Università di Catania in occasione del XXIV Incontro di Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato.

¹ Il tema è stato trattato, di recente, da F.M. BANDIERA e A.P. UGAS, *Commento all'art. 2230*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Dell'impresa e del lavoro* a cura di O. Cagnasso e A. Vallebona, IV, Milanofiori Assago, 2014, p. 492 ss. e da M. RABITTI, *Il contratto d'opera intellettuale*, in *I contratti di collaborazione*, a cura di P. Sirena, Trattato dei contratti Rescigno-Gabrielli, Milanofiori Assago, 2011, p. 764 ss. Tra le trattazioni di respiro monografico: R. SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, Padova, 2010; G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Il Codice Civile. Commentario Schlesinger* diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2009.

² A volere riprendere le parole del parere su “Ruolo e futuro delle libere professioni nella società civile europea del 2012” – Sezione specializzata Mercato Unico, produzione e consumo, che definisce le libere professioni “categoria sociologica”, tra le caratteristiche di una libera professione figurano “la prestazione di un servizio immateriale di elevato valore e dal carattere spiccatamente intellettuale sulla base di una formazione (universitaria) di alto livello, l'interesse pubblico del servizio prestato, l'indipendenza professionale ed economica nell'esercizio delle funzioni, la prestazione a titolo personale, sotto la propria responsabilità e in modo professionalmente indipendente, l'esistenza di un particolare rapporto di fiducia tra committente e prestatore di servizi, la prevalenza dell'interesse del prestatore a offrire un'assistenza ottimale rispetto all'interesse a ottenere il massimo guadagno e, infine, l'ottemperanza a regole professionali e deontologiche precise e rigorose”.

JUS CIVILE



no un significato univoco”³, derivando la loro polisemia dallo stesso diritto dell’Unione⁴, e per di più allorché è dato riscontrare, nella trattazione dell’argomento, non già un unico statuto normativo, ma la presenza di una pluralità di statuti dei professionisti intellettuali.

Il codice civile del 1942 ha sancito definitivamente la riconduzione delle attività intellettuali negli schemi del contratto oneroso, supplendo al silenzio del previgente codice. Le nuove disposizioni, tuttavia, denunciavano chiaramente la genetica crisi di identità di tale contratto, diviso tra richiami alle mantenute leggi speciali (art. 2230 co. 2° c.c.) – nelle quali si stratificavano statuizioni proprie di diverse epoche e traspariva l’influenza dell’ordinamento sindacale e corporativo delle professioni, come peraltro denunciato nella stessa Relazione al codice – e rinvii alle disposizioni presenti in altro luogo del codice, *in primis* nel titolo dedicato all’impresa, quando l’esercizio professionale costituisce attività organizzata in questa forma (art. 2238 co. 1° c.c.). Neppure il suo accomunamento al contratto d’opera o di lavoro autonomo, operato con evidenza nella sistematica del codice in forza di una concezione della professione intellettuale svolta direttamente e unicamente dal titolare, secondo le modalità del tempo, è valso a celare le significative differenze tra i due, tanto che il contratto di prestazione d’opera intellettuale si è presto spogliato della veste di *species* del primo⁵ o di sua secondaria appendice⁶.

Da tempo esso appare da tempo alla ricerca di una nuova e definitiva identità, che, specie dopo le profonde trasformazioni subite negli ultimi decenni, dovrà attraversare l’attuale crocevia della faticosa riforma delle professioni, nella quale l’aggettivo “faticosa” non risponde certamente ad una mera velleità di esasperazione letteraria⁷. La nuova identità andrà rintracciata tenendo presenti tutte le traiettorie che attraversano il campo, che si muovono nell’alternativa tra soluzioni dettate da una concezione ancora “umanistica” delle attività intellettuali e regole imposte da una progressiva commercializzazione delle professioni⁸, tra (antiche) istanze di tutela

³ P. TACCHI, voce *Professioni I) Professioni, arti, mestieri – dir. amm.*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, Treccani, 1991.

⁴ Cfr. ad esempio il riferimento alle attività delle “libere professioni” dell’art. 57 comma 2 del TFUE, dettato in tema di servizi, contrapposto all’accesso alle “attività autonome” dettato nel precedente capo in tema di diritto di stabilimento (art. 49, comma 2°).

⁵ Ribadisce che il rapporto tracciato dal codice civile tra il contratto d’opera e il contratto di prestazione intellettuale sia da configurarsi in termini di rapporto tra genere e specie: G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro autonomo* (voce), in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 724; di contrario avviso M.A. LIVI, *Il contratto d’opera*, in *Obbligazioni. III. I contratti*, Diritto civile diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Milano, 2009, p. 368.

⁶ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile. II. Le obbligazioni in generale, il contratto in generale, i singoli contratti*, Padova, 2010, p. 663, sottolinea come le due figure siano regolate in modo sensibilmente diverso, a partire dal fatto che “*il rischio del lavoro* incombe, nel contratto d’opera manuale, sul prestatore d’opera; tutto all’opposto grava, nel contratto d’opera intellettuale, sul cliente”.

⁷ Cfr. il Piano nazionale definitivo di riforma delle professioni inviato dal Dipartimento Politiche Europee alla Commissione europea il 5 aprile 2016, nel quale il nostro Paese ha provveduto all’aggiornamento delle professioni regolamentate (174 le professioni in totale inserite; 41 quelle di nuovo inserimento). L’attenzione è ora appuntata sulla riforma delle professioni sanitarie, come tratteggiata dal disegno di legge Lorenzin approvato dal Senato lo scorso mese di maggio e dalle “Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario” approvate dalla Camera lo scorso mese di gennaio (Atto Camera n. 1769).

⁸ Il punto è ben illustrato in prospettiva storica e diacronica, attraverso i modelli del “professionista gentiluomo” e

JUS CIVILE



di interessi corporativi ed (attuali) esigenze di garanzia di qualità della prestazione professionale, tra persistente esclusione dalla totalità delle regole dell'impresa e soggezione alla normativa concorrenziale⁹.

La forte specificità e la densa regolamentazione di questo contratto non lo separano dai nuovi tracciati della discussione su profili generali e sul ruolo del contratto, ma, *a contrario*, sembrano elevarlo a banco di prova non solo applicativo ma anche sistematico di queste riflessioni. Le quali devono fare i conti con alcune “coppie di estremi” che si rinvergono nell'analisi del contratto in esame, i cui apici generano – più che contrapposizioni – interrelazioni dialettiche dagli andamenti spesso circolari, che vanno ad accrescere il grado di complessità del quadro.

2. – La singolare miscela di arcaismo, espressione di un atteggiamento tutto peculiare e a lungo difensivo degli appartenenti alle categorie professionali e di modernità – nella quale le prestazioni d'opera intellettuale si trasformano, nel linguaggio del mercato, in servizi, sia pure peculiari – che marchia il contratto in questione (anche questa combinazione, se si vuole, può essere ricondotta ad una “coppia di estremi”) consente di introdurre subito la prima delle molte considerazioni che la prestazione di opera intellettuale solleva allo studioso della disciplina contrattuale generale.

I tratti distintivi si specificano almeno su un triplice profilo, a volere oltrepassare i connotati più sedimentati individuati dalla dottrina per il contratto di cui si parla, ossia l'intellettualità della prestazione, che genera l'esclusività del personale apporto culturale del professionista nell'esecuzione – ritenuti sufficienti a connotare il contratto anche quando presenti in una consistenza “minima”¹⁰ – e l'esercizio professionale, dunque continuativo e non occasionale dell'attività.

Il triplice piano si snoda dalla rilevanza dei principi fondamentali al barocco sistema delle fonti eteronome del contratto fino alla struttura intrinseca del rapporto contrattuale.

Sotto il primo aspetto (quello dei principi) costituisce osservazione non inconsueta quella che segnala lo stretto collegamento del contratto in analisi con valori di rilievo primario, anche costituzionale¹¹. Tuttavia, è ormai da tempo avvertita l'esigenza di appuntare l'angolo di osser-

del “professionista mercante”, da M. MALATESTA, *Professionisti e gentiluomini. Storia delle professioni nell'Europa contemporanea*, Torino, 2006, specie, in chiave riassuntiva, p. 350 ss.

⁹ M. TICOZZI, *Professioni (concorrenza nelle)*, voce, in *Digesto disc. priv., Sez. comm.*, Torino, 2008, p. 711 ss.

¹⁰ Per l'affermazione che il contratto *de quo* sia connotato da un “minimo di intellettualità nello sforzo professionale profuso nella produzione del servizio e da un minimo di personalità nella prestazione”: A. CETRA, *L'impresa e le professioni intellettuali*, in *Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, Torino, 2015, p. 84 ed *ivi* rimandi.

¹¹ Molto deciso era il richiamo alle norme costituzionali contenuto nella proposta di legge Vietti (n. 1553, presentata alla Camera il 29 luglio 2008) sulla riforma della disciplina delle professioni intellettuali, che si proponeva, ai sensi soprattutto degli artt. 4, 33 e 35 Cost., di «abbracciare, in un sistema comune, tutte le libere professioni», ovvero tutte quelle attività economiche dirette al compimento di atti e alla prestazione di servizi o di opere in favore di terzi, abitualmente esercitate «con lavoro intellettuale», per le quali «è richiesto un titolo di studio universitario o equipollente».

JUS CIVILE



vazione oltre la cornice delle norme che assegnano massima rilevanza allo svolgimento delle libere professioni, al cui interno abbondano i riferimenti costituzionali, pur eterogenei (gli artt. 4 e 41, l'art. 33, 5° co., che prescrive l'esame di stato per l'abilitazione professionale, ma anche gli artt. 35, 1° e 2° co., 31, 1° co, e 37)¹². Dato che le professioni intellettuali riguardano questioni essenziali per la vita, la salute e i diritti delle persone, oppure questioni economiche fondamentali o, ancora, la tutela della pubblica e privata incolumità, è ben presente la convinzione dell'essenziale e intrinseco collegamento delle professioni con beni costituzionalmente rilevanti che possono essere incisi dallo svolgimento dell'attività professionale. Con ciò, il riferimento costituzionale assume una valenza duplice, posto che lo stesso presidia l'esercizio attività, da un lato e, dall'altro, si incrocia con le richieste che questa attività è chiamata a soddisfare.

Quale specifica testimonianza di quegli andamenti circolari che si sono detti propri della dialettica tra opposti, sul versante "pubblico" il contratto di prestazione professionale produce anche rilevanti effetti esterni (o "esternalità", per usare il linguaggio economico): si pensi all'attività dei medici e alla salvaguardia della salute anche collettiva, all'attività degli avvocati e alla garanzia del funzionamento del sistema giudiziario, o, sempre a titolo esemplificativo, alla responsabilità assunta dai revisori contabili verso potenziali azionisti dell'impresa di cui certificano il bilancio. A questa "funzione pubblica" del servizio professionale¹³ si correla – in una logica di tipo compensativo – l'ambito di protezione di cui altrimenti le libere professioni non godrebbero; ed è proprio alle ragioni di "interesse pubblico" che si riferisce l'art. 3, comma 5, lettera a) del d.l. n. 138/2011 per la giustificazione della previsione di limitazioni all'accesso e all'esercizio delle professioni.

Una simile riflessione può tuttavia essere condotta guardando anche all'interno dell'accordo tra professionista e cliente, dunque oltre l'angolo prospettico del problema delle restrizioni alla libertà di esercizio. Le maglie del contratto racchiudono molto spesso aspetti inerenti la persona e la personalità non solo del cliente ma di entrambi i contraenti, caricandosi in maniera plurima di profili personalistici. I valori personalistici che circondano la persona del cliente hanno senza dubbio un andamento intrinseco al contratto, tanto che è pressoché scontata l'osservazione che taluni diritti inviolabili dell'uomo, come la salute, entrano per così dire direttamente nel contratto di prestazione professionale e costituiscono oggetto del suo adempimento. Ma è indubitabile che questo coinvolga, dal versante dell'altro contraente (il professionista) il suo intelletto (dunque, un risvolto sapienziale, immateriale ma personalistico anch'esso), posto per così dire a servizio del primo.

¹²F.M. BANDIERA, *Commento all'art. 2229*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Dell'impresa e del lavoro* a cura di O. Cagnasso e A. Vallebona, IV, cit., p. 458; R. SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, cit., p. 18.

¹³Estesa fino a considerare il professionista, in taluni casi, responsabile di comportamenti illeciti tenuti verso la collettività dal proprio cliente: cfr., in tema di illecito tributario, Cass., 26 aprile 2010, n. 9916, in *Dir. fisc. ass.*, 2011, p. 1106, con nota di E. RAJNERI, *La rischiosa attività del commercialista tra responsabilità civile, amministrativa e penale: consulente di fiducia o guardiano degli interessi pubblici?*



In questo quadro si stagliano gli indici normativi dello svolgimento personale dell'incarico da parte del professionista, cui si annoda anche l'autonomia di esercizio dell'attività e il carattere fiduciario del rapporto. Definito da Ludovico Barassi – allorquando discorreva di contratto di lavoro subordinato – come “qualcosa di intimo, che non sempre si connette con motivi esteriori”¹⁴, tale carattere, sebbene progressivamente scoloritosi¹⁵, è alla fine sopravvissuto allo svolgimento della professione in forma associata¹⁶ e persino alla norma rivoluzionaria dell'art. 10 della legge 183/2011, dedicata alle società tra professionisti e destinata alle professioni ordinarie¹⁷, che notoriamente non è riuscita ad attecchire molto nella prassi.

Nella stessa ottica del coinvolgimento di valori personalistici si può a ragione collocare il segreto professionale, che presenta un diverso grado di impermeabilità a seconda del tipo di professione: unito al diritto alla riservatezza delle informazioni rilasciate esso rappresenta sotto questa angolatura l'acme di un rapporto di affidamento estremo, di tipo sostanzialmente confessorio, del cliente con il professionista prescelto. Se l'antropologia definitiva del diritto moderno è stata instaurata dal diritto del lavoro, come scriveva Luigi Mengoni negli anni Cinquanta¹⁸, il settore lavoristico più evoluto dello svolgimento di prestazioni professionali, con le quali si “vendono” competenze intellettuali, fornendole a chi ne è privo, indurrebbe senz'altro a compiere nuove riflessioni *in subiecta materia*.

Neppure appare senza significato, da questa specifica angolatura oggetto di considerazione, che il divieto di discriminazione sia a piene mani disseminato nella normativa di riforma delle professioni. Proprio il principio di uguaglianza costituisce l'ultima discussa frontiera del nuovo diritto dei contratti, foriera di animati contrasti che vedono contrapposto soprattutto il legislatore europeo e quello autoctono, e che spingono la più accorta dottrina, dopo il superamento dello scoglio del suo confronto con l'autonomia contrattuale, un tempo ritenuto inammissibile, a indi-

¹⁴ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, ristampa anastatica a cura di M. Napoli, Milano, 2003, p. 354.

¹⁵ M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, 2ª ed., Torino, 2016, p. 3, sottolinea come si possa seriamente cominciare a dubitare che nell'ordinamento sussista ancora quel carattere “rigorosamente professionale” caratterizzato, nel rapporto tra professionista e cliente, dall'*intuitus personae*.

¹⁶ Cfr., tra altre, Cass., 29 novembre 2004, n. 22404, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 11, che ribadisce il carattere rigorosamente personale del rapporto tra professionista e cliente, fondato sull'*intuitus personae* anche quando il professionista è associato ad uno studio.

¹⁷ In argomento cfr. M. CIAN, *La nuova società tra professionisti. Primi interrogativi e prime riflessioni*, in *NLCC*, 2012, p. 3 ss.; F. TASSINARI, *Professioni intellettuali e società tra professionisti* (lemma), in *Diritto commerciale*, a cura di N. Abriani, *Dizionari del diritto privato* promossi da N. Irti, Milano, 2011, p. 669 ss., nonché *Società tra professionisti*, speciale della rivista *Le Società*, 2012 (in particolare ZACCHEO, *Società tra professionisti e professioni protette*, *ivi*, p. 15 ss.). E v. anche lo studio n. 224/2014 (“Società tra professionisti-Questioni applicative ad un anno dall'entrata in vigore”) approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato in data 3 aprile 2014. Il tema della responsabilità verso il cliente nel caso di esercizio in forma associata dell'attività è trattato, per esempio, da C. RINALDO, *Profili di responsabilità nelle società tra professionisti. Riflessioni sulla responsabilità personale e societaria dei soci*, in *NLCC*, 2014, p. 836 ss.

¹⁸ L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, ora in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 127.



viduare i limiti (o le mediazioni) della sua applicazione¹⁹. Riferito al tema che ci occupa, si tratta questa volta di un divieto di discriminazione proveniente dal mercato e fondato sulla nazionalità del professionista o della sede legale delle associazioni di professionisti²⁰, che – sulla spinta degli osteggiati processi di liberalizzazione di matrice europea – si colloca in una fase preliminare all'esercizio dell'autonomia privata, perché riguarda il momento di accesso all'esercizio dell'attività. In proposito si può notare che l'art. 2229, che apre lo sparuto gruppo di norme dedicato dal codice civile alla prestazione d'opera intellettuale, si occupa proprio di disciplinare l'accesso all'esercizio delle professioni intellettuali. A questo risvolto si collega il tema delle c.d. misure compensative (tirocini, prove attitudinali), che appare bene esplicitato, ad esempio, nel recente regolamento per permettere l'esercizio in Italia della professione di ingegnere²¹.

Proiettata all'interno del contratto, la tematica pare fare intravedere contorni che fuoriescono dai collaudati confini dell'art. 2231 c.c., ossia dalla disciplinata mancanza di compenso del professionista non iscritto all'albo che si è voluta presidiare con il rimedio della nullità²², cui ha fatto da corollario la ritenuta impossibilità di applicazione anche dell'art. 2126 c.c.²³ Il tema è troppo rilevante e delicato per essere analizzato solo per brevi accenni, ma ad esempio la prospettiva del rifiuto discriminatorio di contrarre, allorché il contratto di prestazione professionale diventa in un certo qual modo “imposto”, ossia tutte le volte in cui il professionista sia il solo soggetto legalmente legittimato al compimento di determinate, necessarie attività, potrebbe schiudere interessanti risvolti di riflessione.

3. *Segue.* – Sul piano delle fonti, il contratto di opera professionale si caratterizza per una

¹⁹ U. BRECCIA, *Sub art. 1322 c.c.*, in *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 106. Sulle preoccupazioni che l'ampliamento a dismisura del divieto di discriminazione nel contesto contrattuale induca a pensare che tale divieto “costituisca un limite intollerabile alla libertà contrattuale ... invece che una delle *regulae iuris* maggiormente espressive del rinnovato significato della libertà contrattuale nelle società del terzo millennio”: D. MAFFEIS, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *NLCC*, 2015, p. 163. Sul tema v. anche le riflessioni di E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, divieto di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 558 ss.

²⁰ Cfr. l'art. 2, ultimo comma, del regolamento n. 137/2012 sulla riforma degli ordinamenti professionali.

²¹ Si tratta del decreto del Ministero della Giustizia del 3 dicembre 2014 n. 200, recante “*Regolamento recante misure compensative per l'esercizio della professione di ingegnere, di cui all'articolo 24 del decreto legislativo 9 novembre 2007 n. 206*”.

²² La giurisprudenza è al riguardo costante: tra le tante Cass., 21 marzo 2011, n. 6402 (su cui L. TULLIO, *La “denegatio actionis” del professionista non iscritto all'albo*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 1077), che esclude – ai fini della possibilità di ottenere il pagamento della retribuzione – anche l'azione sussidiaria di arricchimento senza causa. La propensione, anche se non mancano in dottrina opinioni diverse, è verso la configurazione della nullità del contratto per contrasto con l'ordine pubblico: esplicita Cass., 12 ottobre 2007, n. 21495, in *I contr.*, 2008, p. 274; e v. G. MUSOLINO, *Il “monopolio” del professionista: la nullità del contratto d'opera intellettuale per mancanza di iscrizione all'albo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 957 ss.

²³ G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro autonomo*, cit., p. 726; ID., *Lavoro autonomo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 15.

JUS CIVILE



spiccata e policentrica articolazione, che annovera (sempre giocando all'interno delle "coppie di estremi") il rapporto tra diritto generale e leggi speciali, tra diritto pubblico e diritto privato, ma ormai anche tra diritto statale e diritto regionale²⁴, tra fonti primarie e fonti secondarie di attuazione, come pure tra norme giuridiche e norme deontologiche, tra tutele giudiziarie e sanzioni disciplinari, tra competenze riconosciute da titoli legali o equipollenti e comportamenti improntati a lealtà e probità e a condotte anche di vita specchiate e irreprensibili, con andamenti a volte oscillanti. Riprova ne è, per tutte, il ritorno alla legiferazione che, in un orizzonte caratterizzato da un andamento contrario, ha accompagnato la recente riforma dell'avvocatura²⁵.

La regolamentazione "multilivello" del contratto è estesa e pervasiva, poiché traccia diagonalmente che vanno dalla vigilanza sull'accesso alla professione fino agli *standard* qualitativi del suo svolgimento, dal vaglio preventivo dei requisiti di professionalità all'imposizione di obblighi comportamentali, dal controllo statale, con risvolto giudiziale, a quello degli ordini professionali, con conseguenze in primo luogo di "polizia" disciplinare, oggi rafforzate dalla introduzione dei consigli di disciplina, tanto da fare domandare quanto spazio resti riservato – dinanzi alla crescente eteronomia – alla pura autonomia contrattuale e quale sia, in definitiva, il ruolo dell'accordo tra le parti.

La complessità è ulteriormente rafforzata perché le fonti di esso non solo si intersecano per completarsi, ma spesso appaiono a doppia valenza: si pensi, per tutte, alle norme deontologiche che hanno da tempo aggiunto alla natura di regole di comportamento nell'interesse della categoria professionale quella di regole idonee a misurare il corretto adempimento del professionista nei rapporti con il cliente²⁶.

Per di più, certi profili tradizionalmente già assestati devono essere forse ripensati. È questo il caso del diritto pubblico, che non è certamente arretrato, posto che anche la recente riforma degli ordinamenti professionali approvata solo qualche mese prima con il dPR n. 137/2012 ha convintamente confermato il ruolo di "agente di legittimazione" delle professioni intellettuali

²⁴ Cfr. in particolare il discusso d. lgs. n. 30 del 2006, contenente la "ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni, ai sensi dell'articolo 1 della legge 4 giugno 2003, n. 131" ed emanato in attuazione della delega all'individuazione di principi fondamentali su materie a competenza ripartita Stato-Regioni, sul quale v., sinteticamente, C. PONARI, *Commento all'art. 2229*, in *Codice civile annotato* a cura di G. Perlingieri, Napoli, 2010, p. 722.

²⁵ Il *Dossier* n. 1/2013 del CNF, esplicativo della nuova legge di riforma, ha chiarito espressamente che l'approvazione della legge 31 dicembre 2012, n. 247 ha determinato la sopravvenuta inapplicabilità alla professione forense delle norme contenute nell'art. 3, comma 5°, del d.l. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011 e s.m.i. e, conseguentemente, delle norme contenute nel d.P.R. n. 137/2012. "Questo – si legge nel *Dossier* – tanto in considerazione del criterio cronologico (*lex posterior derogat legi priori*) quanto del criterio di specialità (*lex specialis derogat legi generali*) e gerarchico (con riferimento specifico alla sorte delle disposizioni di cui al d.p.r. n. 137/2012). Non potranno, pertanto, avere applicazione, neanche nella fase transitoria, le norme sugli organi disciplinari contenute nell'art. 8 del D.P.R. n. 137/12, che ... necessitano, per essere operative, dell'insediamento dei consigli di disciplina (previsione ormai inattuabile per la professione forense)". Più in generale, il primo e più significativo effetto della riforma è quello di sottrarre la professione forense alla delegificazione degli ambiti materiali di cui all'art. 3, comma 5°, cit., comportando una "rilegificazione" dello statuto normativo dell'avvocatura.

²⁶ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padova, 2008, p. 7, 17 ss.

JUS CIVILE



riservato allo Stato (che opera essenzialmente attraverso la regolamentazione dell'accesso e la vigilanza sugli ordini, i quali a loro volta esercitano la vigilanza delegata ma anche autonoma sugli iscritti), ma che affida a certe professioni intellettuali ruoli di supplenza inquadabili ormai a pieno titolo nel principio di sussidiarietà. Il riferimento a questo riguardo va alla recente introduzione della “negoziatura assistita” degli avvocati²⁷, diversa dalle più antiche forme dei rapporti di servizi onorari con lo Stato.

Lungo questo crinale, la disputa ancora aperta sulla soluzione al quesito se gli artt. 2229 ss. c.c. regolamentino il contratto d'opera intellettuale oppure disciplinino l'attività appare forse un dilemma non così tragico, che si spiega con una doppia causale: una più antica, che riposa nella diversa logica del libro quinto del codice, proteso proprio a guardare al dinamismo della prestazione lavorativa più che alla staticità delle formule definitorie del contratto e una più moderna o almeno di recente riscoperta, che può essere ravvisata nel segno *ante litteram* di quella che oggi siamo soliti definire “procedimentalizzazione” del contratto²⁸.

Nella disciplina delle professioni regolamentate la procedimentalizzazione è così forte che l'esecuzione del contratto all'esterno funzionalizza questa attività, la quale in alcuni casi diventa addirittura “ministero” (per tutti, quello di difensore). Nei rapporti interni tra il professionista e il cliente, la procedimentalizzazione assume un altro risvolto peculiare, che si lega al carattere di sapere tecnico proprio della prestazione e che, anzitutto, rende sempre più spiccato il passaggio dall'attuazione del rapporto al rispetto dei diversi protocolli, diversamente configurati per le singole professioni, a partire da quella medica, che ha conosciuto normativamente il confronto con *standard* operativi predefiniti²⁹.

In questa direzione un risvolto rinnovato è generato, per la professione forense, dal tema della “competenza specializzata”. È noto che il nuovo codice deontologico forense (art. 12) fa divieto all'avvocato di accettare incarichi che “sappia di non potere svolgere con adeguata competenza”, aggiungendo che l'accettazione di un determinato incarico fa presumere la competenza a realizzarlo, affidando così all'autovalutazione del professionista la determinazione a monte della

²⁷ In tema: F.P. LUISO, *Negoziatura assistita* (art. 6 e 12 d.l. n. 132/2014), in *NLCC*, 2015, p. 649 ss.

²⁸ Sul tema della procedimentalizzazione del contratto fondamentale rimane il contributo di SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, specie pp. 64, 110 ss. In argomento, quanto al contratto ad effetti traslativi, cfr., specificamente, G. FURGIUELE, *Il contratto con effetti reali tra procedimento e fattispecie complessa: prime considerazioni*, in *Diritto privato*, I, *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1995, p. 83 ss.; più di recente F. ALCARO (a cura di), *La circolazione del contratto preliminare. Profili ricostruttivi e strumenti operativi*, Milanofiori Assago, 2011, C. MAZZÙ, *La compravendita immobiliare dall'atto al procedimento* (2013), in www.consiglionazionaleforense.it; R. LENZI, *La vendita come procedimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1359 ss.

Un contributo che rilegge in chiave procedimentale l'intero iter di formazione del contratto è quello di A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e autonomia delle parti*, Torino, 2002.

²⁹ F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il “decreto Balduzzi”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 820 ss.; R. BREDA, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. e impresa*, 2014, specie p. 788 ss.



sua capacità di esatto adempimento. Il profilo è destinato a trovare un significativo elemento di raccordo con la professionalità che si articola nelle nuove specializzazioni³⁰ e genererà sicuramente nuove ripercussioni sull'adempimento/inadempimento dell'obbligazione e dunque sulla stessa responsabilità del professionista. Non è difficile immaginare una valutazione più rigorosa di questa responsabilità quando la controversia intercorsa con il cliente³¹ insoddisfatto riguarda, per esempio, proprio il settore di competenza del legale specialista.

4. – La complessità appena accennata del contratto di prestazione professionale genera quadri articolati e compositi, il cui primo effetto è quello di confrontare la pur unitaria disciplina del contratto d'opera intellettuale con le regole speciali dettate per le diverse tipologie di professionisti.

Da questo punto di vista, non si tratta più di prendere atto delle distinzioni già tracciate, ad esempio, tra professioni interamente protette (esercitate solo da soggetti iscritti all'albo competente, come nel caso del medico) e professioni parzialmente protette (nelle quali solo alcune delle attività necessitano obbligatoriamente dell'iscrizione all'albo, come nel caso dell'avvocato), oppure – da diversa visuale – da professioni con aree di esclusiva (i notai) e altre con zone prive di esclusiva (i commercialisti), nella consapevolezza che non fanno difetto alcuni spostamenti o attrazioni di materia: si pensi alla consulenza legale svolta in modo sistematico, ricondotta nello spettro della competenza del professionista forense dall'art. 2, comma 6°, l. n. 247/2012.

Si tratta invece di constatare – come si è accennato in apertura – che sussiste una pluralità di statuti normativi del libero professionista, che affonda le sue radici nella legislazione precodificata, già diversificata per le singole professioni, che il più recente diritto comunitario e interno continua a ribadire.

Così, sul primo versante, la direttiva servizi 2006/123/CE non si applica agli esercenti le professioni sanitarie e alla professione meno liberalizzata, quella dei notai, ai quali neppure si applica la più recente direttiva 2013/55/UE sul riconoscimento delle qualifiche professionali. Per il diritto autoctono basterebbe pensare alla riforma professionale forense tracciata dalla legge n. 247/2012³², che sottrae gli avvocati alla disciplina generale della riforma degli ordinamenti pro-

³⁰ V. il Decreto del Ministero della Giustizia 12 agosto 2015, n. 144 (regolamento recante disposizioni per il conseguimento e il mantenimento del titolo di avvocato specialista). In argomento, prima del regolamento: G. CONTE, *La nuova legge sulla professione forense. Riforma forense e "specializzazione" degli avvocati*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 407 ss.

³¹ È generalmente ammesso che la qualità di cliente del professionista d'opera intellettuale possa non coincidere con quella del soggetto a favore del quale l'opera del professionista deve essere svolta, dovendo ravvisarsi in colui che, stipulando il relativo contratto, ha conferito l'incarico al professionista, assumendo l'obbligo del pagamento del compenso: Cass., 25 novembre 2004, n. 22233, in *Mass. Giur. it.*, 2004.

³² La quale si affianca alla precedente disciplina, risalente al r.d.l. 27.11.1933, n. 1578, che non è stata interamente cancellata. Sulla legge cfr. i saggi pubblicati in *Riv. dir. civ.*, 2013 ed *ivi* (p. 389 ss.) le considerazioni di apertura di G. ALPA, *La nuova legge sulla professione forense. Introduzione*.

JUS CIVILE



fessionali approvata solo qualche mese prima con il già ricordato d.P.R. n. 137/2012³³ o al disegno di legge specificamente rivolto solo alla riforma delle professioni sanitarie³⁴.

Non vi è dubbio che una spinta significativa non solo alla creazione di “sottosistemi” di regole ma alla fissazione di un loro più esatto confine sia provenuta dal diritto giurisprudenziale anche (e in alcuni casi soprattutto) sotto il profilo del risvolto rimediabile, che – una volta compreso nei suoi esatti termini quel singolare richiamo alla “colpa grave” contenuto nell’art. 2236 c.c.³⁵ – si è soliti ormai declinare in termini di responsabilità differenziata per le varie professioni (a partire da quella sanitaria per arrivare a quella del progettista e del revisore)³⁶. Uno statuto, dunque, che si costruisce a ritroso, dal lato della “vittima”.

Ma alla diversificazione della disciplina, propria di plurime categorie professionali – continuando a scrutinare il tema con la lente della coppia di estremi – si contrappone con sempre maggiore decisione la spinta unificante delle regole di fonte comunitaria sul contratto del consumatore, quando lo stesso è cliente/utente del professionista, che tende a rendere indifferenziato l’acquisto del “sapere specialistico” dall’acquisto di un qualsiasi bene di consumo.

Il discorso conduce inevitabilmente verso la considerazione dell’asimmetria informativa che, nel contratto di opera intellettuale, caratterizzato dalla natura altamente tecnica dei servizi offerti, si presenta particolarmente elevata. Se l’aforisma di George Bernard Shaw (“Tutte le professioni sono delle cospirazioni contro i profani”) riesce a strappare un sorriso, è indubitabile che già nello stesso codice civile una significativa traccia di asimmetria informativa – sebbene mista al carattere fortemente fiduciario del rapporto tra professionista e cliente – si rinviene nella previsione del recesso. La natura fiduciaria del rapporto, giustificata (o, per meglio dire, indotta) dall’esclusività della prestazione, rinviene una precisa testimonianza nella disciplina dell’art.

³³ Per l’affermazione che la l. 31.12.2012, n. 247 abbia sottolineato la specialità della professione forense “in quanto destinataria di regole specifiche che la sottraggono alla *curvatura* mercantista impressa alle altre professioni dalle più recenti leggi”, U. PERFETTI, *Riforma della legge forense*, in *Libro dell’anno del Diritto* 2014, Treccani.it.

³⁴ V. *supra*, nota 7.

³⁵ L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile, 3, Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p. 526. E v., sebbene non del tutto in termini, C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, Milano, 2012, p. 34 ss.

Per una sintesi dell’evoluzione della giurisprudenza volta a circoscrivere progressivamente il campo di operatività dell’art. 2236 c.c., con riguardo alla responsabilità medica: G. TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Resp civ. e prev.*, 2016, p. 75 ss.

³⁶ Tra i molti contributi in tema: F. CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, in *Digesto disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1998; AA.VV., *Professioni e responsabilità civile. Professioni legali, tecniche, mediche*, opera diretta da P. Stanzione e S. Sica, Bologna, 2006; con riguardo a talune specifiche professioni, ad es., M e F. BILANCETTI, *La responsabilità dei professionisti tecnici: ingegnere-architetto-geometra*, Padova, 2012.

La specificità della responsabilità medica rispetto alla responsabilità del prestatore d’opera intellettuale è generalmente evidenziata: per tutti, M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, cit., p. 11. A testimoniare basta ricordare la speciale disciplina sulla responsabilità sanitaria, oggetto ad oggi di modifica ad opera del ddl Gelli. In argomento: G. COMANDÈ, *La riforma della responsabilità sanitaria al bivio tra conferma, sovversione, confusione e ... no-blame giurisprudenziale*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2016, p. 3 ss.

JUS CIVILE



2337 c.c. Sono note le ormai lontane sentenze della Corte costituzionale³⁷ che, ponendo a raffronto il recesso senza giustificazioni del cliente con il recesso condizionato da “giusta causa” del professionista, hanno ritenuto questo diverso trattamento giustificato anche “da ragioni di tutela del contraente che può definirsi più debole o meno organizzato”³⁸.

A volere accantonare la precisazione che anche la disciplina del recesso si articola diversamente a seconda del tipo di attività professionale³⁹, il risvolto è dichiarato con molta chiarezza, ad esempio, nel parere reso in data 11 marzo 2014 dalla Sezione specializzata Mercato unico, produzione e consumo del Comitato economico e sociale europeo sul tema “Ruolo e futuro delle libere professioni nella società civile europea del 2020”. Si legge in esso che “la prestazione di servizi nell’ambito delle libere professioni è caratterizzata da un’asimmetria informativa tra i prestatori di servizi da un lato e i loro fruitori dall’altro”⁴⁰. All’atto del conferimento dell’incarico, il fruitore del servizio opera infatti – continua il parere – un’“apertura di credito” verso il professionista ed è per questo che le libere professioni poggiano sulla fiducia: nel quadro di questa asimmetria informativa, il fruitore del servizio “deve fidarsi che il prestatore non sfrutti la situazione a proprio vantaggio, ma gli eroghi invece il miglior servizio possibile, commisurato alle sue necessità”.

Rispetto alle già immaginate situazioni di disparità di posizioni contrattuali il tratto peculiare è rappresentato in questo caso da un’asimmetria informativa ispessita, che – per usare un linguaggio economico – riconduce i servizi professionali tra i c.d. *credence goods*⁴¹. Sospingono in questa direzione vari elementi, tra i quali la mancanza in capo al cliente di informazioni, conoscenze ed esperienze sufficienti per valutare i servizi al momento della loro offerta, la sua

³⁷ G. MUSOLINO, *Contratto d’opera professionale*, cit., p. 535, i *ivi* i riferimenti a Corte cost., 4 luglio 1979, n. 209, in *Giur. cost.*, 1974, p. 1730 e Id., 13 febbraio 1974, n. 24, in *Foro it.*, 1974, I, c. 597.

³⁸ Ma è noto che alcune professioni derogano al disposto codicistico: è questo il caso degli ingegneri e degli architetti, per i quali l’art. 10 della l. n. 133/1949, pur non limitando l’incondizionato diritto di recesso concesso al cliente, pone a suo carico un’obbligazione indennitaria *ex lege*, prevedendo l’automatico aumento del compenso dovuto al professionista nella misura del 25%.

³⁹ Sul recesso del cliente nel rapporto con il professionista tecnico cfr. ancora G. MUSOLINO, *Contratto d’opera professionale*, cit., p. 548 ss.

⁴⁰ Tuttavia – continua il parere di cui al testo – “a tutti gli Stati membri in egual misura spetta impedire che la caratteristica distintiva delle libere professioni, cioè l’asimmetria informativa tra prestatori e fruitori di servizi, venga sfruttata a favore dei primi. I servizi offerti dai liberi professionisti sono complessi e richiedono un alto grado di competenze specialistiche. Pertanto, il fruitore di tali servizi risulta sprovvisto di informazioni, conoscenze ed esperienze sufficienti per giudicare la qualità dei servizi offerti, sia al momento di sceglierne il prestatore sia ad erogazione del servizio avvenuta”.

⁴¹ A seconda del tipo di asimmetria informativa, gli economisti hanno classificato i servizi professionali tra i *credence goods*, gli *experience goods* e i *search goods*. Più precisamente, quando l’asimmetria informativa grava sia nella fase di specificazione della domanda indirizzata al professionista, che successivamente nella valutazione della sua *performance*, i servizi professionali possono essere classificati tra i *credence goods*, il che implica che l’attività professionale può essere considerata come una forma di assistenza fiduciaria, sostanzialmente slegata da vincoli di obbligatorietà di risultato. Alternativamente, se esiste una qualche forma di verifica *ex-post* della prestazione basata su precedenti esperienze, i servizi professionali possono essere più propriamente classificati come *experience goods*.

JUS CIVILE



l'incapacità di assegnare al professionista obiettivi precisi al lavoro che gli richiede e, ancora, la sua incompetenza a giudicare la bontà e l'efficacia della prestazione al momento del suo compimento. A questo si somma la sostanziale impossibilità dello stesso di comparare i prezzi in un mercato, per di più, in cui l'elevata richiesta di compenso è considerata espressione di una concorrenza *a contrario*, ossia della selezione già compiuta dalla clientela, che fa emergere le situazioni di più elevata professionalità o dalla quale traspaiono livelli di eccellenza nel settore.

Vari sono stati e sono gli strumenti messi in campo per rimediare a questa asimmetria⁴². Sotto questa specifica visuale si ripropone la stessa, già segnalata pluralità di fonti che investe il contratto, che mescola “rules-based regulation” e “principles-based regulation”: dal richiamo alla presenza di *standard* professionali minimi e al rispetto di norme deontologiche del citato parere sul “Ruolo e futuro delle libere professioni nella società civile europea del 2020” al rafforzamento dei doveri di informativa (operato soprattutto dall'art. 9 della l. n. 1/2012⁴³) fino alle clausole generali. Queste ultime sono spesso invocate in maniera quasi eccessiva, come testimonianza il riferimento alla “lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza” con la quale deve essere esercitata la professione forense che si rinviene nell'art. 3 della legge n. 247/12 e che è riproposto dalle norme dei codici deontologici, tutti dominati dal richiamo alla correttezza.

In ordine al dovere di informazione (a tacere delle considerazioni sull'inutilità del *surplus* informativo e sulla deresponsabilizzazione che da ciò discende), si può notare il legame con la complessità dell'incarico, che evoca la soluzione di problemi tecnici “di particolare difficoltà” dell'art. 2236 c.c. Ma, soprattutto, esso – progressivamente esteso dal medico ad altre categorie professionali – spinge a considerare l'uso della generale disciplina di stampo consumeristico nella correzione delle asimmetrie informative, cui dovrebbe supplire anche l'accresciuto requisito di forma scritta nella pattuizione sul compenso ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2233 c.c., per quanto riguarda avvocati e praticanti abilitati.

A questo proposito appare ben definibile il più recente *trend* giurisprudenziale, non solo autotono, volto ad applicare questa disciplina al contratto d'opera intellettuale. Tale tendenza ha riguardato soprattutto la professione ordinistica forense: si allude alle sentenze che, in tema di azione spettante all'avvocato per il pagamento dei compensi professionali, già da qualche tempo hanno sancito l'inderogabilità del foro di competenza del consumatore, fino alle recenti decisioni della Corte di Cassazione che hanno confermato l'applicabilità di questa disciplina, “a nulla rilevando che il rapporto tra l'avvocato e il professionista sia caratterizzato dall'*intuitu perso-*

⁴² Che tuttavia, nella complessità delle relazioni economiche odierne, può porre lo stesso professionista in posizione di subaltermità. È questo il caso dei legali, professionisti fiduciari, di fronte a enti pubblici o privati conferenti gli incarichi: in merito v. S. MONTICELLI, *Regole e mercato nella disciplina del contratto d'opera professionale*, in *Contr. e Impresa*, 2016, specie p. 528 ss.

⁴³ Nella quale si legge: “Il professionista deve rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento fino alla conclusione dell'incarico e deve altresì indicare i dati della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale”.

JUS CIVILE



nae”⁴⁴. In questa direzione appare significativa una recente sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea sui contratti standard di assistenza legale, che considera a tale fine irrilevante la “natura pubblica dell’attività svolta dagli avvocati”, dichiarandosi d’accordo con quanto sostenuto dalla Commissione europea in udienza: “escludere dall’ambito di applicazione della direttiva 93/13 i numerosi contratti stipulati dai ‘clienti consumatori’ con le persone che esercitano libere professioni, che si caratterizzano per l’indipendenza e gli obblighi deontologici ai quali tali prestatori sono soggetti – si legge nella sentenza – priverebbe l’insieme di tali ‘clienti-consumatori’ della tutela accordata dalla direttiva”⁴⁵.

Emerge così, dal versante del controllo sul contratto, una nozione indifferenziata di professionista, che sopravanza la diversa articolazione degli statuti e che – sotto l’aspetto della correzione degli squilibri – è idonea ad abbracciare anche lo svolgimento di attività di carattere intellettuale. Questo è l’inevitabile portato, come noto, della linea seguita nel contesto europeo, che prescinde da categorizzazioni giuridiche formali del concetto di impresa⁴⁶ e che di questa privilegia l’aspetto funzionale, dando rilevanza predominante all’esercizio dell’attività consistente nell’offerta di beni e servizi, all’interno di una nozione che risulta idonea a comprendere anche le attività degli esercenti le professioni intellettuali, incluse quelle protette, in quanto le stesse si sostanziano nell’erogazione di servizi a fronte di un corrispettivo.

Se questo è, l’equiparazione tra imprenditore e professionista anche intellettuale appare passaggio compiuto sia ai fini dell’applicazione della normativa anticoncorrenziale⁴⁷ sia ai fini dell’applicazione della normativa sul contratto, frutto di un approccio – quello comunitario – ben diverso da quello di diritto interno, perché rivolto alla “regolazione delle professioni legata essenzialmente alla salvaguardia di interessi dei ‘consumatori’ dei servizi stessi”: da qui la conferma delle convinzioni di chi aveva subito segnalato che l’assimilazione dell’attività professionale all’attività di impresa, riferita puntualmente al diritto della concorrenza, sembrava in grado di trascendere l’ambito di questa⁴⁸.

⁴⁴ Cfr. Cass., 14 gennaio 2014, n. 1464 (ord.), in *Quotidiano giuridico*, 6 febbraio 2014, con annotazioni di M. DONA e S. PEREZ, *Il foro speciale ed esclusivo del consumatore è applicabile alle controversie tra avvocato e cliente*.

⁴⁵ CGUE Sez. IX, 15 gennaio 2015, n. C-537/13, in *Giur. it.*, 2015, p. 1636, con nota di I. POLLASTRO, *Clause abusive nei contratti con i consumatori. Avvocato e cliente nella normativa a tutela del consumo* e in *NGCC*, 2015, p. 740, con nota di M. CHIARELLI, *Contratti tra avvocato e cliente: è applicabile la tutela del consumatore*.

⁴⁶ È però noto che la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea separa la libertà professionale (art. 15) dalla libertà d’impresa (art. 16).

⁴⁷ Ravvisava già nell’art. 9 del d.l. n. 1/2012 (Disposizioni urgenti in materia di concorrenza, liberalizzazioni e infrastrutture) il punto di arrivo di una tendenza che mira a “riconduurre una volta per tutte, e definitivamente, la disciplina delle professioni intellettuali ... ed il loro stesso esercizio concreto, nel quadro delle attività d’impresa”, G. CARRARO, *Riflessioni su professione intellettuale forense, liberalizzazione dei compensi e disciplina contrattuale*, in *NGCC*, 2013, II, 165 ss.

⁴⁸ E. GIANFRANCESCO-G. RIVOCCHI, *La disciplina delle professioni tra Costituzione italiana ed ordinamento europeo*, in *La Costituzione economica: Italia, Europa*, a cura di C. Pinelli e T. Treu, Bologna, 2010, p. 280 (e a p. 277 il virgolettato del testo).

Avverte che l’elaborazione giurisprudenziale non esita ad applicare il diritto *antitrust* all’esercizio delle libere

JUS CIVILE



Per limitarsi ad evocare un'unica prospettiva di "ritorno" nel diritto nazionale, si può segnalare la necessità di riconsiderare, in chiave di inderogabilità, almeno quando il cliente rivesta il ruolo di consumatore (e trascurando le perplessità suscitate dalla completa adattabilità della normativa consumeristica al rapporto contrattuale proprio delle professioni intellettuali), la disciplina sull'esercizio del diritto di recesso dell'art. 2237 c.c., che la giurisprudenza, dopo alcuni ripensamenti, ha invece considerato derogabile⁴⁹.

5. – Nel percorso qui seguito, un ultimo profilo assume ancora significato: si tratta di quello che concerne il compenso e la sua determinazione. È risaputo che l'impiego del termine "compenso" in luogo di quello di "corrispettivo" traccia un'ulteriore differenza dal contratto di prestazione d'opera manuale: la remunerazione dell'attività intellettuale secondo criteri non mercantili costituisce il retaggio della sussiegosa antica inconciliabilità tra prestazioni rese dagli uomini "liberi" (da qui l'espressione "professioni liberali"), che trasmettono un "sapere" e prezzo del lavoro prestato.

Al riguardo si può muovere da una parola – il decoro – che, se si eccettua il suo essere riferito agli edifici nel regime del condominio, è presente nel codice civile solo nell'art. 2233 c.c. quale elemento per commisurare il compenso del prestatore intellettuale. Il riferimento al decoro, ossia al "prestigio sociale che circonda quel determinato tipo di professione intellettuale"⁵⁰, introduce nel codice civile un elemento di sapore antico, contrapposto alla modernità e all'apertura del mercato, in unione con il riferimento alla dignità della professione. Esso è stato utilizzato su più fronti: dalla difesa del mantenimento del divieto di pubblicità al recupero di minimi tariffari insopprimibili proprio perché contrastanti con esso, per il tramite delle norme deontologiche, alla giustificazione della reintroduzione del divieto del patto di quota lite nel diritto interno, e precisamente nella riforma della professione forense⁵¹.

In questo campo, le spinte che provengono dall'Europa sono altre: l'avvento della normativa

professioni, in tal modo "reputando gli ordini professionali come associazioni tra imprese; gli esami di abilitazione all'esercizio delle professioni come barriere all'entrata sul mercato, le tariffe professionali obbligatorie come intese": A. CETRA, *L'impresa e le professioni intellettuali*, cit., p. 85. E v. ora, esemplarmente, per l'attribuzione della qualifica di "associazione di imprese" ai sensi dell'art. 101 TFUE al Consiglio Nazionale Forense, la recente decisione del Consiglio di Stato 22 marzo 2016, n. 1164, in Banca dati Pluris, che ha confermato la sanzione inflitta dall'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato al Consiglio Nazionale Forense, cui veniva contestato di aver posto in essere condotte restrittive della concorrenza, attraverso l'adozione di due decisioni (parere n. 48/2012 e circolare n. 22/2006) finalizzate a restringere l'autonomia dei professionisti in relazione alla determinazione del loro comportamento economico sul mercato, attraverso la limitazione dell'utilizzo di canali di diffusione delle informazioni e la reintroduzione della vincolatività dei minimi tariffari.

⁴⁹ Per una recente ricognizione, A. CASTIGLIONI, *Contratto d'opera intellettuale con termine finale e recesso ad nutum ai sensi dell'art. 2237 c.c.*, in *I contr.*, 2016, in nota a Cass., 14 gennaio 2016, n. 469.

⁵⁰ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile. II. Le obbligazioni in generale*, cit., p. 666.

⁵¹ In argomento: G. CONTE, *La tormentata disciplina del "patto di quota lite" e le equivoche novità introdotte con la riforma forense*, in *Contr. e impresa*, 2013, p. 1109 ss.

JUS CIVILE



concorrenziale, penetrato con certa prepotenza nel già intrapreso percorso della c.d. commercializzazione delle libere professioni⁵², ha sicuramente richiesto un ampliamento dell'autonomia contrattuale, fosse solo sul versante della determinazione del compenso professionale.

Non è un caso che, di fronte al rilancio della “decorosità” del compenso e della sua corrispondenza all’“importanza dell’opera”, in assenza di altri parametri, da determinarsi alla luce delle tariffe professionali minime, ritenute quindi di fatto nuovamente vincolanti (sul presupposto che “prezzo decoroso” coincida, di fatto, con la tariffa predeterminata) la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, investita della questione se l’art. 101 TFUE sulla libertà di concorrenza vieti il riferimento alle componenti di dignità e decoro del professionista nella composizione del compenso professionale⁵³, abbia rimandato al giudice nazionale tale verifica.

La vicenda si è chiusa con una pronuncia del Consiglio di Stato⁵⁴ che ha ritenuto le regole deontologiche in esame (proprie dell’Ordine dei geologi, ma estensibili evidentemente a tutte le professioni) restrittive della concorrenza e non necessarie al perseguimento di obiettivi di tutela del consumatore.

Di particolare interesse appaiono le considerazioni del rapporto tra norme deontologiche e art. 2233 c.c., in ordine al quale la sentenza riprende le considerazioni formulate dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato, parte in causa: la norma del codice si indirizza al singolo professionista, si legge nella sentenza, disciplinando essa rapporti di tipo privatistico tra le parti di un contratto e non attribuendo alcun potere agli ordini professionali (considerati, alla stregua della disciplina della concorrenza, associazioni tra imprese) in termini di verifica della corrispondenza del compenso richiesto al decoro della professione e all’importanza dell’opera. Non solo la disposizione codicistica non vale a supportare quella deontologica, ma la presenza della prima conferma la superfluità della seconda, essendo evidentemente ritenuta sufficiente la regola dell’art. 2233 c.c. ad assicurare l’adeguatezza del compenso del professionista.

L’effetto, dettato chiaramente dall’intento di evitare la reintroduzione di minimi tariffari per il tramite delle regole deontologiche, è la cancellazione di sanzioni disciplinari nel caso di comportamento “indecoroso” del professionista che pratici prezzi stracciati, ma con una impermeabilità di questa vicenda – stando alla sentenza in esame, ma della quale pare lecito dubitare – alla disciplina contrattuale.

⁵² Le linee dell’atteggiamento dell’U.E. sulle professioni regolamentate possono essere sintetizzate nella salvaguardia dell’esistenza di regolazione delle professioni legata essenzialmente alla tutela degli interessi degli “utenti” dei servizi stessi; in un approccio pro-concorrenziale al mercato dei servizi professionali; in un diverso fondamento della stessa attività professionale, non più presupposta o menzionata implicitamente in Costituzione, ma ancorata allo statuto costituzionale dell’impresa o, comunque, delle attività economicamente rilevanti: così E. GIANFRANCESCO-G. RIVOSECCHI, *op. e loc. cit.*

⁵³ Sentenza 18 luglio 2013, C-136/2, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 154, con nota di richiami di R. DE HIPPOLYTIS.

⁵⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 gennaio 2015, n. 238, in Banca dati Pluris.

JUS CIVILE



6. – Come si evince da queste rapide notazioni, il contratto d’opera al tempo delle riforme presenta scenari delicati e laboriosi, in ordine ai quali occorre allontanarsi da opposti estremismi⁵⁵. Questo si traduce nell’esigenza di abbandonare difese corporative (o, più propriamente, di riaffermare protezioni neocorporative) ma anche, sul versante antitetico, nell’intento di sfuggire alla deriva mercantilistica o a forme di completa *deregulation*, lasciando arbitro il mercato, che ha dimostrato da più parti le sue falle, fosse solo per il fatto che le professioni regolamentate sono volte al perseguimento di interessi di stampo primario⁵⁶.

Sul piano del contratto, questo significa evitare tutele ad oltranza dei professionisti o visioni tripudianti delle professioni, che in molti settori – specie per le giovani generazioni – vedono notevolmente ridimensionata la loro capacità di guadagno, come pure tutele ad oltranza dei clienti, a volte committenti di una pluralità di incarichi e tutt’altro che soggetti deboli o in situazione di “minorità culturale”⁵⁷. Nella definizione ancora in essere del nuovo modello dell’esercizio dell’attività professionale, antico privilegio e nuova debolezza devono dunque stemperarsi a vicenda.

Ciò appare altresì in linea con la più accorta letteratura che ha studiato il fenomeno dal punto di vista sociologico, la quale raccomanda di evitare, in una visione non preconcepita, “l’assunzione della unidirezionalità”, sul presupposto che il processo di professionalizzazione non sia un percorso lineare ma un percorso complesso che non “finisce con un ‘traguardo’ (il riconoscimento statale) o con uno ‘stadio finale’ (lo *status* di professione), ma è un processo permanente di negoziazione e di conflitto” che ciascuna professione sostiene innanzitutto con le altre professioni, ma anche con lo Stato e con i clienti stessi (in difesa della propria autonomia e per il controllo del mercato professionale)⁵⁸. Costituiscono il più immediato precipitato di ciò gli obblighi di formazione continua e di aggiornamento professionale, diretti ad adeguare “per tutto l’arco della vita professionale le conoscenze professionali”⁵⁹.

Lungo questa traiettoria possono essere riproposte, anche per questo contratto, la cui specificità traspare dallo stesso linguaggio impiegato dal legislatore del ‘42, proprio nel raffronto con

⁵⁵ M. RABITTI, *Il contratto d’opera intellettuale*, cit., p. 785; M. LIBERTINI, *Pubblicità, concorrenza e deontologia forense*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, I, p. 259 ss.

⁵⁶ Per questo, le coordinate di una incisiva regolazione delle attività professionali dovrebbero essere dirette ad assicurare un livello minimo di qualità delle prestazioni (con selezione degli accessi e vigilanza permanente sull’esercizio delle attività), da un lato e, dall’altro, rivolte a garantire obiettivi di “servizio universale”, cioè “il diritto di accesso di chiunque, in ogni parte del territorio e a condizioni eque e non discriminatorie, ai servizi professionali di base”: così M. LIBERTINI, *Il d.d.l. sulla concorrenza 2015 e le professioni intellettuali*, in *Federalismi.it*, 2015, n. 4.

⁵⁷ M. FORTINO, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1984, p. 1.

⁵⁸ W. TOUSJIN, *Professioni*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali Treccani*, 1997.

⁵⁹ Cfr. l’art. 16-bis del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale), inserito dall’art. 14 del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229. Ormai la compenetrazione tra aggiornamento continuo e qualifica professionale è tale per cui l’apprendimento permanente “diventa elemento di valutazione nell’ambito del riconoscimento della qualifica professionale”, sulla scorta delle indicazioni della direttiva 2005/36/CE, come modificata dalla direttiva 2013/55/CE.

JUS CIVILE



le riflessioni generali che attraversano la disciplina contrattuale, le considerazioni che animano in generale la discussione sul tema. Queste inducono a prospettare una possibile e meditata (anche se non agevole) conciliazione tra le logiche del mercato e le clausole generali, *in primis* quella della correttezza, depurata però da eccessi diluenti e presa – o ripresa – sul serio.

Anche le coppie di estremi che hanno attraversato questo discorrere del tema potrebbero essere così destinate ad un loro “armonizzazione temperata”, per riprendere un’espressione in uso nel diritto europeo, atta a rinvenire, di fronte a scenari necessariamente rammodernati, quegli equilibri che la disciplina del contratto esaminato ha sempre rincorso.