

LA SFIDA DELL'INNOVAZIONE PER LE PROFESSIONI INTELLETTUALI: IL BILANCIAMENTO DI INTERESSI NELLA GIURISPRUDENZA.

Di Alfio Guido Grasso

| 477

SOMMARIO: 1. La rilevanza della natura di *credence good* dei servizi professionali. – 2. Libere professioni e mercato concorrenziale nella giurisprudenza europea e nazionale. – 3. L'evoluzione giurisprudenziale nella responsabilità professionale. – 4. Professionisti intellettuali e statuto dell'impresa: *splitting up* o *melting down*?

ABSTRACT. Il presente contributo analizza il processo di innovazione registratosi con riferimento all'esercizio delle professioni intellettuali sulla spinta della giurisprudenza e della legislazione europea e nazionale.

This contribution analyzes the innovation process registered with reference to the exercise of intellectual professions on the basis of the impulse of European and national judicial rulings and legislations.



1. La rilevanza della natura di *credence good* dei servizi professionali.

Complice anche l'assenza di una disposizione definitoria, la nozione di professione intellettuale ha assunto contorni incerti, soprattutto in ragione delle molteplici riforme che, anche a seguito dell'incidenza dell'ordinamento comunitario, hanno condotto progressivamente al superamento dei vincoli tradizionali alla libertà di concorrenza.

Nonostante le professioni liberali possano essere svolte anche in regime di subordinazione (arg. ex art. 2094 c.c.)¹, l'obbligazione di prestare un'attività intellettuale deriva ordinariamente dalla stipulazione di un contratto d'opera: si pone, di conseguenza, l'esigenza di distinguere le professioni liberali da altre fattispecie di lavoro autonomo, anche al fine di delimitare l'ambito di applicazione della disciplina speciale del contratto d'opera intellettuale da quello della disciplina generale del contratto d'opera (art. 2230 c.c.).

La dottrina più avvertita ha messo in luce come molte delle caratteristiche ritenute in passato esclusive delle professioni intellettuali non siano in realtà decisive al fine di distinguerle dalle altre attività²: la discrezionalità, ad esempio, attiene anche alle attività manuali, mentre, per converso, può essere assente in alcune attività intellettuali; la personalità si trova anche nel contratto d'opera in genere, per il quale è richiesta la prevalenza del lavoro "proprio" (art. 2222 c.c.), mentre si attenua laddove il professionista si avvalga nell'esecuzione dell'opera di collaboratori o ausiliari (art. 2232 c.c.); la stessa intellettualità esprime un concetto ambiguo e relativo, inidoneo a fungere da criterio discrezionale, poiché ogni atto dell'uomo non può essere nettamente scisso dalla matrice intellettuale che ne caratterizza l'agire³.

Né va considerato utile il riferimento alla tradizionale distinzione tra obbligazione di mezzi e di

risultato, in quanto in dottrina⁴ e ormai anche in giurisprudenza⁵ è consolidata l'opinione secondo la quale tutte le obbligazioni hanno un contenuto che comprende sempre, oltre al comportamento dovuto, il risultato. In ogni caso, anche ove si voglia tener ferma la distinzione, al fine di stabilire se l'obbligazione assunta sia di mezzi o di risultato, non occorre valutare se il debitore appartenga o no a una categoria professionale, bensì «verificare la misura di governabilità della prestazione dedotta»⁶, non potendosi escludere *a priori* la possibilità che un professionista si impegni a fornire anche un risultato⁷.

Al fine di individuare se l'attività sia liberale, non è decisivo nemmeno il criterio formale⁸, giacché l'obbligo d'iscrizione in albi ed elenchi sussiste ormai anche rispetto ad attività eminentemente pratiche⁹ e per converso non è previsto per categorie indiscutibilmente intellettuali come gli artisti e i musicisti. Del resto, la circostanza che l'esercizio di determinate professioni intellettuali richieda l'iscrizione in albi o elenchi non esclude che altre attività, pur in assenza di siffatto obbligo, possano assumere lo stesso carattere (arg. *a contrario* dagli artt. 2229, comma 1, e 2231, comma 1, c.c.): è stato superato, infatti, l'orientamento per il quale oggetto di una professione di carattere intellettuale avrebbe potuto essere solo quell'attività per il cui esercizio fosse necessaria l'iscrizione¹⁰. Indici in questo senso

⁴ L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. Studio critico*, in *R. d. comm.*, 1954, I, p. 188; M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (d. priv.)*, in *Nov. D.*, XI, Torino 1965, p. 598; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1967, p. 31; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 24; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 191; A. DI MAJO, voce *Obbligazione: I. Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 26.

⁵ Cass. sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Nuova g. civ. comm.*, 2006, I, p. 828, con nota di R. VIGLIONE; anche in *Europ. e d. priv.*, 2006, p. 781, con nota di A. NICOLUSSI; *Contratti*, 2006, p. 349, con note di F. TOSCHI VESPASIANI e F. TADDEI; Cass. sez. un. 11 gennaio 2008, n. 577, in *G. it.*, 2008, p. 1653, con nota di A. CIATTI; anche in *Nuova g. civ. comm.*, 2008, p. 612, con nota R. DE MATTEIS; *F. it.*, 2008, I, p. 455, con nota di A. PALMIERI; *Danno e resp.*, 2008, p. 788, con note di G. VINCIGUERRA e A. NICOLUSSI; *Resp. civ.*, 2008, p. 849, con nota di M. GORGONI.

⁶ G. SICCHIERO, *L'obbligazione gravante sull'avvocato è di mezzi e non di risultato*, in *G. it.*, 2015, p. 2326.

⁷ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 49; più di recente, M. TICOZZI, *Gli obblighi informativi del professionista sono obbligazioni di risultato*, in *G. it.*, 2018, p. 334.

⁸ Ritenuto in passato invece determinante: C. LEGA, *Le libere professioni intellettuali*, Milano, 1974, p. 501.

⁹ Come ad esempio l'attività di maestro di sci (l. 8 marzo 1991, n. 81) e di guida alpina (l. 2 gennaio 1989, n. 6).

¹⁰ Cons. St., 9 agosto 1991, n. 510, in *F. amm.*, 1991, p. 2067; Pret. Crotone, 9 maggio 1987, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2402. Orientamento ampiamente superato nella giurisprudenza successiva: Cass., 26 agosto 1993, n. 9019,



emergono anche dall'ordinamento comunitario, in cui le professioni regolamentate non sono una sottocategoria delle professioni intellettuali – vi sono infatti comprese anche professioni non liberali – ma solo l'oggetto di una specifica disciplina volta a permettere l'esercizio dell'attività «*in uno Stato diverso da quello in cui hanno acquisito la relativa qualifica*»¹¹. Tantomeno la nozione comunitaria di professione regolamentata esaurisce l'intero spettro delle “professioni intellettuali”¹², come emerge sia dal tenore letterale dell'art. 2, comma 1, e del considerando 43 della direttiva 2005/36/CE, sia dal confronto con la giurisprudenza europea¹³.

Atteso che l'esame esclusivo della fattispecie non consente indicazioni univoche, si prospetta l'esigenza di analizzare il dato normativo, al fine di individuare il contenuto della fattispecie in correlazione dialettica con la disciplina¹⁴. In questa prospettiva, occorre in primo luogo valutare quale sia la rilevanza della mancanza di una regola in tema di vizi e difformità analoga all'art. 2226 c.c.

In merito all'estensione di tale disposizione alle prestazioni intellettuali, la giurisprudenza era divisa. Secondo la tesi più risalente la disposizione era inapplicabile in quanto le prestazioni del professionista intellettuale, per intrinseca natura, non avrebbero quale oggetto il raggiungimento di un risultato, bensì soltanto a un comportamento volto a conseguirlo¹⁵. Più di recente, però, si era sostenuto che in alcuni casi l'obbligazione del professionista potesse essere considerata di risultato, almeno laddove avente ad oggetto la realizzazione di un progetto oppure la predisposizione e l'applicazione di una protesi dentaria (ma anche una consulenza legale

scritta¹⁶), con la conseguenza che, avendo l'*opus* materiale incidenza sulla causa stessa del contratto, il professionista avrebbe dovuto rispondere per le eventuali difformità ed i vizi dell'opera ai sensi dell'art. 2226 c.c.¹⁷.

Chiamate a risolvere il contrasto se i termini brevi di decadenza e prescrizione dell'azione di garanzia per vizi dell'opera fossero applicabili alla prestazione di un ingegnere progettista, le Sezioni unite hanno escluso che il criterio risolutivo potesse essere rappresentato dalla distinzione fra mezzi e risultato, rintracciando invece la *ratio* dell'inesistibilità dell'art. 2226, comma 2, c.c., nella mancanza di sufficienti competenze tecniche del cliente per valutare nei brevi tempi ivi previsti l'opera o il servizio realizzato¹⁸.

Emerge quindi dalle argomentazioni della più recente giurisprudenza che la disciplina dell'art. 2226 c.c. non è applicabile in ragione del carattere specialistico delle conoscenze applicate dal professionista intellettuale e del carattere immateriale dell'attività che presiede l'esecuzione di una prestazione liberale¹⁹.

Quest'orientamento sembra trovare un importante riscontro in quella dottrina che ha ricondotto le prestazioni delle professioni intellettuali in quella categoria di servizi tipicamente definiti come “cre-

(www.italgiure.giustizia.it); Trib. Piacenza, 14 marzo 2000, in *F. pad.*, 2000, I, p. 95, con nota di G. BATTISTI; Pret. Monza, 21 aprile 1994, in *Contratti*, 1994, p. 567; Cons. St., 8 ottobre 1996, n. 1087, in *F. amm.*, 1996, p. 2846; da ultimo Cass., 18 ottobre 2018, n. 26264, (www.italgiure.giustizia.it).

¹¹ L. CHIARETTO, *Il riconoscimento delle qualifiche professionali nell'unione europea*, in *R. d. int. priv. proc.*, 2006, p. 689.

¹² A. BARTOLACCI, *Il GEIE «italiano» tra impresa e società*, Napoli, 2014, p. 140.

¹³ CGUE, 13 novembre 2003, C-313/01, *Morgenbesser v. Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova*, in *Racc. giur. Corte*, 1991, I, p. 13467; CGUE, 1 febbraio 1996, C-164/94, *Aranitis v. Land Berlin*, in *Racc. giur. Corte*, 1996, I, p. 135.

¹⁴ Ha evidenziato la “necessaria correlazione dialettica tra fattispecie e disciplina” A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L' analogia*, in *Studium iuris*, 2008, p. 424, secondo il quale “non è possibile ricostruire appropriatamente la fattispecie indipendentemente da una contestuale considerazione della disciplina e viceversa” perché “ogni disposizione di legge racchiude non già la descrizione di un qualche evento, bensì il criterio di valutazione-risoluzione di uno specifico problema pratico, di uno specifico conflitto d'interessi”.

¹⁵ Cass., 21 marzo 1969, n. 904, in *F. it.*, 1969, I, p. 2958; Cass., 21 luglio 1972, n. 2495, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1953; Cass., 8 marzo 1975, n. 873, in *G. it.*, 1975, I, p. 1814.

¹⁶ Cass., 14 novembre 2002, n. 16023, in *Danno e resp.*, 2003, p. 256, con nota di F.A. SALVATORE.

¹⁷ Cass., 27 ottobre 1984, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 347; Cass., 7 maggio 1988, n. 3389, in *Dir. prat. ass.*, 1989, p. 467; Pret. Modena, 16 settembre 1993, in *G. it.*, 1994, I, 2, p. 1032, con nota di D. CARUSI; Cass., 29 gennaio 2003, n. 1294, in *Danno e resp.*, 2003, p. 1101, con nota di P. DELLACHA; anche in *F. pad.*, 2005, I, p. 37, con nota di G. GALBUSERA; Cass., 24 aprile 1996, n. 3879, in *F. it.*, 1996, I, p. 3758.

¹⁸ Cass. sez. un., n. 15781/2005, *cit.*, 828; Cass., 9 marzo 2006, n. 5091, in *Mass. G. it.*, 2006, p. 428; Cass., 18 aprile 2007, n. 9316, in *Rep. F. it.*, 2007, voce *Professioni intellettuali*, n. 165; Cass., 18 maggio 2011, n. 10920, in *Guida d.*, 2011, n. 32, p. 77; Cass., 20 dicembre 2013, n. 28575, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass., 22 giugno 2015, n. 12871, in *G. it.*, 2015, p. 2067, con nota di G. RISPOLI.

¹⁹ Il carattere immateriale non viene meno neanche nel caso in cui l'attività liberale sfoci nella realizzazione di un *opus* “materiale”, che rappresenta semplicemente il *corpus mechanicum* in cui la prestazione si estrinseca: Cass., 17 aprile 1981, n. 2334, in *Vita not.*, 1981, I, p. 226; Cass., 22 dicembre 1994, n. 11067, in *Resp. civ.*, 1995, p. 752, con nota di L. SBURLATI; Cass., 27 maggio 1997, n. 4704, in *F. it.*, 1997, I, p. 2078; Cass., 23 luglio 2002, n. 10741, in *Arch. civ.*, 2003, p. 1023, con nota di E. FERRANTI. In dottrina cfr. G. e D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera*, in *Comm. Schlesinger*, 2009, p. 202; A. PERULLI, *op. cit.*, p. 318; G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, Artt. 2229-2238, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014, p. 193; A. PAVONE LA ROSA, *Lineamenti dei contratti di fornitura di computers e di servizi informatici*, in *G. comm.*, 1986, I, p. 347; G. DI ROSA, *Linee di tendenza e prospettive in tema di responsabilità del prestatore di servizi*, in *Europ. e d. priv.*, 1999, p. 725; U. SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003, p. 53.



dence good” o “post-experience good”²⁰, «che vengono acquistati su base fiduciaria, senza che l'utilizzatore possa rendersi conto (se non ex post, e anche qui non sempre) della qualità del servizio fruito; e, come tutti i credence goods, vengono acquistati sulla base di complesse motivazioni, anche di tipo reputazionale, in cui il prezzo della prestazione è visto, prima facie, come indicatore della qualità del servizio e della considerazione sociale di cui gode il professionista»²¹. La natura di tali servizi fornisce indicazioni utili per individuare il *proprium* delle prestazioni intellettuali e ne orienta la relativa disciplina, giustificando anche l'inapplicabilità alle prestazioni d'opera intellettuale dello stesso art. 2226 c.c.

Risulta altresì inapplicabile alle prestazioni intellettuali l'art. 2224 c.c., che riconosce al committente il potere di verifica sull'attività del lavoratore autonomo²²: il diverso tipo di competenza richiesta al professionista intellettuale, la cui verifica è rimessa alla procedura d'iscrizione nell'apposito albo, risulta d'ostacolo alla configurazione di un analogo potere dell'utente di fornire indicazioni in merito alla

prestazione da eseguire, di cui in genere il cliente è sostanzialmente ignaro²³.

Per rimediare a questa asimmetria informativa, che si traduce in assenza di controllo sull'operato del professionista, si riconosce non a caso al cliente un potere incondizionato di recedere dal contratto d'opera intellettuale²⁴, che non trova argine nemmeno nell'obbligo di tenere indenne il professionista dal mancato guadagno, in ciò differenziandosi la disciplina di cui all'art. 2237 c.c. dalla disciplina prevista ex art. 2227 c.c. per il contratto d'opera in genere²⁵.

Anche in giurisprudenza sono emersi orientamenti volti a riequilibrare la relazione fra le parti, i quali sono stati considerati indice di uno statuto dei rapporti tra professionisti intellettuali e clienti «*costruito, a ritroso, dal lato della “vittima”*»²⁶.

Il rilievo dell'asimmetria informativa è tale da indirizzare l'interprete anche nella scelta del termine dal quale inizia a decorrere la prescrizione del diritto al risarcimento del danno, individuato nel momento in cui la produzione del danno si manifesta all'esterno divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile dal cliente: anche in questo caso, per giustificare il superamento del più risalente orientamento secondo il quale il termine di prescrizione iniziava invece a decorrere dal compimento della prestazione professionale²⁷, si è fatto leva sulla

²⁰ P. NELSON, *Information and Consumer Behaviour*, in *Journal of Political Economy* 78 (2), 1970, p. 311; M.R. DARBY – E. KARNI, *Free competition and the optimal amount of fraud*, in *Journal of law and economics* 16 (1), 1973, p. 67; più di recente v. Y. FONG – T. LIU, *Liability and reputation in credence goods markets*, in *Economics Letters* 166, 2018, p. 35; F. GOTTSCHALK, *What characterizes Credence Goods? A critical look at the literature*, in *SSRN Electronic Journal*, 12 febbraio 2018. A differenza dei “*search good*” (prodotti o servizi con caratteristiche facilmente valutabili prima dell'acquisto) e degli “*experience good*” (beni la cui qualità è verificabile solo dopo l'acquisto mediante l'utilizzo), con l'espressione “*credence good*” si indicano quei beni la cui qualità non è effettivamente verificabile dall'utente neanche dopo la ricezione della prestazione. Si determina, quindi, una condizione di mercato caratterizzata da una radicale asimmetria informativa tra cliente e professionista, il quale tende ad offrire i propri servizi ad un costo maggiore dell'effettivo valore delle prestazioni stesse, facendo leva sul fatto che l'utente ordinariamente possiede un *deficit* di competenze tecniche che non gli permette di effettuare una valutazione realistica del servizio offerto né di comparare i prezzi sul mercato (*deficit* al quale potrebbe porre rimedio soltanto conferendo ad un altro professionista l'incarico di verificare gli eventuali vizi, se non che «*the cost of information-acquisition may outweigh the value of the information available*»: L. DWYER – P. FORSYTH – W. DWYER, *Tourism economics and policy*, Bristol, 2020, cap. 2.1.1; cfr. anche I. SOMIN, *Knowledge about ignorance: new directions in the study of political information*, in *Critical Review*, 2006, XVIII, p. 255).

²¹ M. LIBERTINI, *Il d.d.l. sulla concorrenza 2015 e le professioni intellettuali*, in *federalismi.it*, 2015, p. 4. Indicazioni al riguardo si rinvencono anche nel parere del Comitato economico e sociale europeo sul “*Ruolo e futuro delle libere professioni nella società civile europea del 2020*” (2014/C 226/02).

²² In questo senso, G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 185; cfr. anche R. PROIETTI, *I geometri. Aspetti pubblici, deontologici civili e penali*, Milano, 2006, p. 316.

²³ Cfr. Cass., 15 dicembre 2006, n. 26895, in *Guida lav.*, 2007, p. 54. Indici in senso contrario emergono da T.A.R. Lazio, 13 dicembre 2010, n. 36233, in *F. amm. TAR*, 2010, p. 3918, ove però l'applicabilità dell'art. 2224 c.c. alle professioni intellettuali sempre più che altro rivolta a respingere il ricorso di una società che agiva in giudizio sostenendo di non essere responsabile del comportamento fraudolento del professionista di cui si era avvalsa per un procedimento teso ad ottenere il rilascio di un'attestazione.

²⁴ Il differente trattamento riservato dalla legge al recesso del professionista, subordinato al ricorrere di una giusta causa, è stato ritenuto costituzionalmente legittimo in ragione dell'esigenza di tutelare il cliente, considerato quale soggetto più debole o meno organizzato: Corte cost., 13 febbraio 1974, n. 25, (www.giurcost.org).

²⁵ Dopo svariati tentennamenti, la giurisprudenza è giunta a ritenere la disciplina sull'esercizio del diritto di recesso di cui all'art. 2237 c.c. derogabile: cfr. Cass., 3 aprile 1974, n. 947, in *F. it.*, 1975, I, p. 970; Cass., 6 novembre 1996, n. 9701, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 972; Cass., 21 dicembre 2006, n. 27293, (www.italgiure.giustizia.it); Cass., 14 gennaio 2016, n. 469, in *G. it.*, p. 538, con nota di F. ROCCHIO; anche in *Contratti*, 2016, p. 651, con nota di A. CASTIGLIONI; Cass., 7 settembre 2018, n. 21904, (www.italgiure.giustizia.it).

²⁶ D. POLETTI, *Il contratto d'opera intellettuale ancora alla ricerca di identità*, in *juscivile.it*, 2016, p. 499.

²⁷ Cass., 10 ottobre 1992, n. 11094 in *G. it.*, 1994, I, p. 1922, con nota di C. DE CECILIA; Cass., 28 gennaio 2004, n. 1547, in *Danno resp.*, 2004, p. 389, con nota di P.G. MONATERI; anche in *G. it.*, 2004, p. 1581, con nota di I. RIGHETTI; *Dir. giust.*, 2004, p. 46, con nota di M. ROSSETTI; Cass., 7 novembre 2005, n. 21495, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1223; Cass., 6 ottobre 2014, n. 21026, in (www.italgiure.giustizia.it).



mancanza di competenze tecniche sufficienti in capo al cliente per valutare la bontà del servizio ricevuto²⁸.

Nella stessa prospettiva, si sottolinea inoltre che, fino a quando il danno non si sia manifestato all'esterno, non sarebbe possibile per il cliente nemmeno avere contezza di aver subito un pregiudizio ricollegabile alla condotta negligente del professionista²⁹, né tantomeno agire in giudizio per far valere il diritto al risarcimento del danno³⁰. A questo riguardo, viene in considerazione il problema di come interpretare l'art. 2935 c.c. che, secondo un indirizzo minoritario della giurisprudenza, attribuirebbe rilevanza di fatto impeditivo della decorrenza della prescrizione solo agli ostacoli di diritto e non anche agli ostacoli di mero fatto, né agli impedimenti soggettivi come l'ignoranza, da parte del titolare, del fatto generatore del suo diritto oppure il dubbio sull'esistenza del diritto stesso³¹. Di contro, si sostiene che in materia di responsabilità professionale (e, in particolare, notarile) tale norma dovrebbe essere interpretata in modo costituzionalmente orientato, a tutela del diritto di agire in giudizio del cliente danneggiato (art. 24 Cost.), «*nel senso che il termine di prescrizione andrebbe sganciato dalla redazione dell'atto e ricollegato al momento della successiva percezione del documento*»³².

2. Libere professioni e mercato concorrenziale nella giurisprudenza europea e nazionale.

Dall'instaurazione di un mercato comune a livello europeo è derivata l'esigenza di avvicinare le legislazioni nazionali dei diversi ordinamenti giuridici

anche in materia di libere professioni: in particolare sono state introdotte norme per la disciplina della formazione dei professionisti (direttive nn. 77/453/CEE; 78/686/CEE; 80/154/CEE; 89/48/CEE; 92/51/CEE; 93/16/CEE; 2001/19/CE; 2005/36/CE; 2006/123/CE), quale presupposto affinché gli stessi possano svolgere la propria attività stabilendosi in modo permanente in un Paese diverso da quello di origine (art. 49 TFUE) ovvero prestandovi occasionalmente i propri servizi (artt. 56 e 57 TFUE), alle stesse condizioni dei cittadini dello Stato membro³³. Se rispetto alle attività per le quali nel Paese ospitante non è richiesto alcun requisito non si pongono particolari problemi, per le attività protette, invece, le condizioni alle quali è subordinato l'esercizio della professione possono rappresentare un ostacolo alla circolazione dei professionisti, per superare il quale sono state adottate direttive volte al riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli, nonché al coordinamento delle disposizioni degli Stati relative all'accesso e all'esercizio delle attività autonome (art. 53, comma 1, TFUE).

Una volta riconosciuta la libertà dei professionisti di prestare la propria opera in ogni Stato membro, senza discriminazioni fondate sulla nazionalità, si è posta la necessità di promuoverne la concorrenza, disincentivando meccanismi giuridici nazionali volti a frenarne lo sviluppo. La qualificazione del professionista come imprenditore ha rappresentato il presupposto per l'applicabilità della normativa *antitrust* al settore delle libere professioni, qualificazione resa possibile dal concetto dinamico e funzionale d'impresa proprio dell'ordinamento europeo, nel cui ambito è considerata tale qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle modalità di finanziamento³⁴.

²⁸ Cass. 29 agosto 1995, n. 9060, in *Rep. F. it.*, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 30; Cass., 12 dicembre 2003, n. 18995, in *Contratti*, 2004, p. 822; Cass., 15 luglio 2009, n. 16463, in *Resp. civ.*, 2010, p. 1531, con nota di G. MUSOLINO; Cass., 18 febbraio 2016, n. 3176, in *Danno resp.*, 2016, p. 1177, con nota di C. PETRUZZI; Cass., 7 aprile 2016, n. 6747, in *G. it.*, 2016, p. 1579, con nota di M. RIZZUTI; Cass., 22 settembre 2016, n. 18606, (www.italgiure.giustizia.it), v. nota di M. PIPITONE in giustiziavivile.com; Cass., 22 settembre 2017, n. 22059, (www.italgiure.giustizia.it).

²⁹ Cass., n. 16463/2009, *cit.*, p. 1531.

³⁰ Cass., n. 9060/1995, *cit.*

³¹ Cass., n. 21495/2005, *cit.*, p. 1223; Cass., 27 giugno 2011, n. 14163, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 700; Cass., 26 maggio 2015, n. 10828, (www.italgiure.giustizia.it). In questa prospettiva si evidenzia, a fortiori, che né l'ignoranza, da parte del titolare, del fatto generatore del suo diritto, né il dubbio soggettivo sull'esistenza dello stesso ed il ritardo indotto dalla necessità del suo accertamento, sono considerate tra le specifiche e tassative ipotesi di sospensione di cui all'art. 2941 c.c.

³² Cfr. M. RIZZUTI, *Prescrizione e responsabilità notarile*, in *G. it.*, 2016, p. 1580; in giurisprudenza v. Cass., n. 6747/2016, *cit.*, p. 1579; Cass., n. 22059/2017, *cit.*

³³ Cfr. A. MONTANARI, *Professioni regolamentate e mercato nell'Unione europea*, in *ILLeJ.*, 2009, XI, n. 1, p. 1

³⁴ CGUE, 23 aprile 1991, C-41/90, *Höfner e Elser v. Macrotron*, in *R. it. d. pubbl. com.*, 1992, p. 1332, con nota di M. SCUDIERO; CGUE, 9 febbraio 1994, C-119/92, *Commissione v. Italia*, in *Racc. giur. Corte*, 1994, I, p. 393; CGUE, 22 gennaio 2002, C-218/00, *Soc. Cisal di Battistello Venanzio v. INAIL*, in *F. amm. Cds*, 2002, p. 327, con nota di P. DE LEONARDIS; anche in *F. it.*, 2003, IV, 331, con nota di P. CERBO; *Resp. civ.*, 2002, p. 1311, con nota di E. COGGIOLA; CGUE, 24 maggio 2011, C-50/08, *Commissione c. Francia*, (www.eurlex.europa.eu). Sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, anche l'A.G.C.M.: *Indagine conoscitiva*, su Ordini e Collegi professionali, 3 ottobre 1997, in *Suppl. n. 1*, al *Boll. A.G.C.M.*, n. 40/1997; *Consigli nazionali dei ragionieri e periti commercialisti e dei dottori commercialisti*, 21 novembre 1998, in *Boll. A.G.C.M.*, n. 48/1998; *Ordine dei medici chirurghi e odontoiatri*, 27 settembre 2000, in *Boll. A.G.C.M.*, n. 39/2000; *Indagine conoscitiva*, sul settore degli Ordini professionali, 15 gennaio 2009, (www.agcm.it) e la giurisprudenza nazionale: T.A.R. Lazio, 27 marzo 1996, n. 476, in *F. amm. TAR*, 1996, I, p. 1193; T.A.R. Lazio, 28 gennaio 2000, n. 466, in *Giorn. d. amm.*,



La natura imprenditoriale del professionista intellettuale ha indotto la giurisprudenza comunitaria a considerare gli ordini professionali come associazioni di imprese, le cui decisioni sono state ritenute idonee a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune³⁵, indipendentemente dalla loro natura di enti pubblici e dalla circostanza che le decisioni anticoncorrenziali fossero state adottate in conformità alla legislazione nazionale³⁶.

L'applicazione della normativa comunitaria anti-trust anche al settore delle libere professioni ha inci-

2000, p. 356, con nota di G. FONDERICO; anche in *G. comm.*, 2000, II, p. 640, con nota di A. ARGENTATI; App. Milano, 29 settembre 1999, in *D. ind.*, 1999, p. 338, hanno affermato l'esigenza di applicare il diritto antitrust alle professioni intellettuali.

³⁵ CGUE, 19 febbraio 2002, C-35/99, *Arduino v. Compagnia assicuratrice RAS*, in *F. it.*, 2002, IV, p. 188, con nota di S. BASTIANON; anche in *G. comm.*, 2003, II, p. 6, con nota di G. SCASELLATI SFORZOLINI; CGUE, 5 aprile 2011, C-119/09, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, in *F. amm. CdS*, 2011, p. 1085, con nota di G. TASSONI; CGUE, 28 febbraio 2013, C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas v. Autoridade da Concorrência*, in *Revista de concorrência e regulação*, 2013, p. 279, con nota di M. CALDEIRA; CGUE, 18 luglio 2013, C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi v. Autorità garante della concorrenza e del mercato e Autorità garante della concorrenza e del mercato v. Consiglio nazionale dei geologi*, in *F. it.*, 2014, IV, p. 154, con nota di R. DE HIPPOLYTIS; anche in *Corr. giur.*, 2014, p. 463, con nota di R. CONTI; *Rass. for.*, 2013, p. 920, con nota di M. CHIARELLI. Hanno fatto applicazione di questi principi nella giurisprudenza nazionale: T.A.R. Lazio, 21 giugno 2001, n. 5486, in *F. amm. TAR*, 2001, I, p. 2186; Cons. St., 9 marzo 2007, n. 1099, (www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., 22 gennaio 2015, n. 238, (www.giustizia-amministrativa.it).

³⁶ Dal momento che le regole antitrust sono dirette ad impedire comportamenti anticoncorrenziali posti in essere dalle imprese di propria iniziativa, l'applicabilità degli artt. 101 e 102 TFUE andrebbe esclusa nel caso in cui il comportamento anticoncorrenziale venisse imposto dalla normativa nazionale, ferma restando la responsabilità degli Stati che, in virtù del principio di leale collaborazione, sono obbligati a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti «idonei ad eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese»: CGUE, 16 novembre 1977, C-13/77, *GB-Inno-BM v. Association des détaillants en tabac.*, in *Racc. giur. Corte*, p. 1115; CGUE, 10 dicembre 1991, C-179/90, *Porto di Genova SpA*, in *F. it.*, 1992, IV, p. 489; CGUE, 1 ottobre 1998, C-38/97, *Autotrasporti Librandi Snc di Librandi F. & C. c. Cuttica spedizioni e servizi internazionali Srl*, in *Racc. giur. Corte*, 1998, I, p. 5955; CGUE, 13 marzo 2008, C-446/05, *Procureur du Roi v. Ioannis Doulamis*, in *Racc. giur. Corte*, I, p. 1377. Tuttavia, laddove le imprese conservino un margine di discrezionalità possono essere ritenute ancora responsabili di comportamento anticoncorrenziale: cfr. Comm. eur., 9 febbraio 2004, *Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali*, COM/2004/0083, punto 77, (europa.eu); in dottrina v. M. TICOZZI, *Professioni (concorrenza nelle)*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Agg. XXXX, Torino, 2018, p. 719.

so sulla nostra legislazione³⁷. Si è pertanto provveduto all'abolizione dell'obbligatorietà delle tariffe fisse o minime e del divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti (art. 2, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. l. 4 agosto 2006, n. 248)³⁸, cui ha fatto seguito l'abrogazione del sistema tariffario (art. 9, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. l. 24 marzo 2012, n. 27)³⁹. Nonostante l'intervenuta abolizione dell'obbligatorietà delle tariffe minime, è possibile sostenere che restino tuttora vietati, perché indecorosi, gli accordi sulla misura del compenso che si pongono al di sotto del livello del costo della prestazione, dal momento che mirano «a prevenire un fenomeno anticoncorrenziale, qual è la vendita sot-

³⁷ Cfr. C. TIMELLINI, *op. cit.*, p. 556; R. SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, Padova, 2010, p. 145; E. BERGAMINI – B. NASCIMBENE, *Libere professioni, servizi e concorrenza. norme nazionali e diritto UE a confronto*, in *D. comm. int.*, 2019, p. 14.

³⁸ Anche prima dell'abrogazione del divieto, la giurisprudenza prevalente ammetteva che il compenso del professionista potesse essere subordinato ad una condizione ovvero commisurato ad una percentuale del valore dell'opera: Cass., 14 marzo 1962, n. 518, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1030; Cass., 28 maggio 1988, n. 3659, in *Arch. civ.*, 1989, p. 184; Cass., 9 gennaio 2001, n. 247, in *G. it.*, 2001, p. 1843, con nota di G. DI MARTINO; anche in *F. pad.*, 2001, I, p. 69, con nota di M. TICOZZI; Cass., sez. un., 19 settembre 2005, n. 18450, in *Nuova g. civ. comm.*, 2006, I, p. 410, con nota di U. SALANITRO; anche in *Corr. mer.*, 2006, p. 209, con nota di G. TRAVAGLINO; *Corr. giur.*, 2006, p. 212, con nota di F. MOTTOLA; *G. it.*, 2006, p. 1141, con nota di C. RESTIVO; *Urb. e app.*, 2006, p. 49, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI; *D. e form.*, 2006, p. 334, con nota di R. NATOLI; da ultimo, Cass., 18 aprile 2019, n. 10844, (www.italgiure.giustizia.it).

³⁹ La violazione delle tariffe minime inderogabili – originariamente previste solo per le prestazioni giudiziali civili degli avvocati (art. 24, l. 16 giugno 1942, n. 794) – veniva sanzionata con la nullità del patto in deroga ai sensi dell'art. 1418 c.c.: Cass., 13 settembre 1965, in *D. lav.*, 1965, II, p. 286, con nota di C. LEGA; Cass., 8 gennaio 1966, n. 161, in *F. it.*, 1966, I, p. 221; Cass., 28 febbraio 1988, n. 3221, (www.italgiure.giustizia.it). Successivamente, è stata prevista l'inderogabilità dei minimi tariffari anche per le prestazioni degli ingegneri e degli architetti (l. 5 maggio 1976, n. 340), tuttavia, in difetto di espressa sanzione, la giurisprudenza escludeva che l'inderogabilità degli stessi implicasse di per sé la nullità dell'accordo con cui il cliente e l'ingegnere avessero pattuito il compenso in misura inferiore ai minimi: Cass., 19 ottobre 1988, n. 5675, (www.italgiure.giustizia.it); Cass., 26 ottobre 1992, n. 11625, (www.italgiure.giustizia.it). Al di fuori di questi ambiti, l'orientamento prevalente affermava che la tariffa, a norma dell'art. 2233, comma 1, c.c., costituisse fonte sussidiaria, alla quale era dato ricorso solo nel caso in cui una pattuizione non fosse al riguardo intervenuta tra gli interessati: Cass., 13 luglio 1965, n. 1475, in *G. it.*, 1967, I, p. 361, con nota di C. LEGA; Cass., 4 gennaio 1977, n. 11, in *R. d. lav.*, 1978, II, p. 388; Cass., 9 ottobre 1998, n. 10064, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 732; Cass., 29 gennaio 2003, n. 1317, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 1075; di recente, Cass., 25 gennaio 2017, n. 1900, (www.italgiure.giustizia.it); Cass., 4 giugno 2018, n. 14293, (www.italgiure.giustizia.it).



to costo di determinati servizi»⁴⁰. Tuttavia, indici in senso contrario sembrano emergere in giurisprudenza, ove è stato affermato che «il notaio, quand'anche sistematicamente offra la propria prestazione per compensi più contenuti rispetto a quelli previsti dalla tariffa notarile, non pone in essere, per ciò solo, un comportamento di illecita concorrenza, essendo venuta meno la rilevanza sul piano disciplinare di tale condotta per effetto della generale disciplina introdotta dall'art. 2, d.l. n. 223/2006 (conv. l. n. 248/2006)»⁴¹.

Una volta intervenuta l'abolizione del sistema tariffario, il legislatore ha introdotto parametri ministeriali volti a orientare il giudice chiamato a liquidare il compenso del professionista, i quali, secondo l'orientamento prevalente in Cassazione, sono inderogabili nei minimi⁴². Nonostante i possibili dubbi sulla contrarietà di tale orientamento ai principi che governano il diritto antitrust, indici nel senso della compatibilità emergono da una recente pronuncia della Corte di Giustizia, la quale ha sancito che l'art. 101 TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, paragrafo 3, TUE, non osta a una normativa nazionale che assoggetti gli onorari dei procuratori legali a una tariffa della quale i giudici nazionali si limitano a verificare l'applicazione, senza essere in grado di derogare, nemmeno in circostanze eccezionali, ai limiti ivi contenuti⁴³.

Di recente, il legislatore ha previsto, prima per la professione forense (art. 13 bis, l. 31 dicembre 2012, n. 247, inserito dall'art. 19 quaterdecies, comma 1, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, conv. l. 4 dicembre 2017, n. 172, ed ulteriormente riformato dall'art. 1, comma 487, l. 27 dicembre 2017, n.

205), e poi per tutte le professioni (art. 19 quaterdecies, d.l. n. 148/2017, modificato in sede di conversione con l. n. 172/2017, e successivamente novellato dalla l. n. 205/2017, art. 1, comma 488), la disciplina del c.d. equo compenso, ritenendo meritevole di tutela il professionista per la posizione di debolezza contrattuale in cui si viene a trovare rispetto ad alcune categorie di clienti, quali imprese bancarie e assicurative⁴⁴. Nonostante siano state espresse da più parti preoccupazioni sulla compatibilità della normativa in esame (che avrebbe di fatto reintrodotta i minimi tariffari) con i principi comunitari antitrust⁴⁵, in realtà nella giurisprudenza europea «è stato ammesso con maggiore ampiezza di quanto sia oggi consentito dall'evoluzione della legislazione italiana, che l'applicazione alle professioni intellettuali delle regole generali di concorrenza sia derogata da norme pubblicistiche di diritto interno, giustificate da ragioni di interesse generale»⁴⁶. In particolare, la Corte di giustizia, pur riconoscendo che una normativa che vieti in maniera assoluta di derogare convenzionalmente agli onorari minimi costituisca una restrizione della libera prestazione dei servizi, ha ritenuto che i principi comunitari non ostino in linea di principio all'adozione, da parte di uno Stato membro, di un provvedimento normativo che approvi, anche sulla base di un progetto elaborato da un ordine professionale, una tariffa che fissi un limite minimo per gli onorari e a cui, in linea di massima, non sia possibile derogare, purché tale misura venga adottata al fine di difendere interessi di carattere generale, quali la qualità della prestazione e la tutela dei consumatori⁴⁷.

⁴⁰ M. LIBERTINI, *Brevi riflessioni sul d.d.l. n. 5092 e sui principi costituzionali e comunitari in materia di attività professionali intellettuali*, in *F. it.*, 1999, III, p. 474; cfr. anche U. SALANITRO, *op. cit.*, 294, per il quale l'art. 2233, comma 2, c.c., dovrebbe essere interpretato evolutivamente nella parte in cui stabilisce che la misura del compenso del professionista debba essere adeguata anche al decoro della professione, alla luce «della sopravvenuta rilevanza della concorrenza nell'offerta dei servizi e delle prestazioni anche nel settore delle professioni intellettuali».

⁴¹ Cass., 14 febbraio 2013, n. 3715, in *F. it.*, 2013, I, p. 2250, con nota di E. BUCCIANTE; Cass., 17 aprile 2013, n. 9358, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 2425, con nota di C. SGOBBO.

⁴² *Ex multis*: Cass., sez. un., 12 ottobre 2012, n. 17405, in *Urb. e app.*, 2013, p. 317, con nota di I. FRANCO; Cass., 17 gennaio 2018, n. 1718, (www.italgiure.giustizia.it); Cass., 21 ottobre 2019, n. 26706, (www.italgiure.giustizia.it). Si sostiene, in particolare, che il d.l. n. 1/2012, conv. l. n. 27/2012, pur avendo «lasciato le parti contraenti libere di pattuire il compenso per l'incarico professionale», non abbia rimosso l'obbligatorietà dei minimi tariffari con riferimento alla liquidazione giudiziale delle spese di lite.

⁴³ Corte di giust., 8 dicembre 2016, cause riun. C-532/15 e C-538/15, *Eurosanamientos e Altri v. ArcelorMittal Zaragoza SA e Francesc de Bolós Pi v. Urbaser SA*, (www.curia.europa.eu).

⁴⁴ M. RIZZUTI, *Nozione, percezione e disciplina dell'attività professionale*, in *La responsabilità del professionista*, a cura di V. CUFFARO, Bologna, 2019, p. 23; F.P. PATTI, *Le clausole abusive nei contratti tra professionisti*, in *Annuario del contratto 2018*, diretto da A. D'ANGELO – V. ROPPO, a cura di A.M. BENEDETTI, Torino, 2019, p. 69.

⁴⁵ Secondo l'A.G.C.M. le misure presenti nel d.l. n. 148/2017 risulterebbero incompatibili con i principi antitrust nazionali e comunitari, che riconoscono ai professionisti la libertà di fare del prezzo uno strumento di concorrenza: A.G.C.M., *Segnalazione*, 24 novembre 2017, AS 1452. Perplexità erano state manifestate in precedenza anche dalla giustizia amministrativa che, in sede consultiva, sullo schema di Regolamento del Ministero della Giustizia posto a definizione dei parametri per la liquidazione dei compensi dei professionisti, aveva suggerito di «non stabilire, neanche a titolo indicativo, la misura minima di detti parametri, che vanno rimessi alle valutazioni del giudice», per scongiurare «il pericolo che si prestino a fungere da "tariffa mascherata"»: Cons. Stato, parere 5 luglio 2012, n. 3126, (www.giustizia-amministrativa.it).

⁴⁶ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 76.

⁴⁷ CGUE, C-35/99, *cit.*, p. 188; CGUE, 5 dicembre 2006, C-94/04, *Cipolla v. Portolese* e C-2002/04, *Macrino e Capodarte v. Meloni*, in *G. it.*, 2007, p. 639, con nota di A. BERTOLOTTI; CGUE, C-446/05, *cit.*, p. 1377; CGUE, 23 novembre 2017, cause riun. C-427/16 e C-428/16, *CHEZ Elektro Bulgaria AD v.*

È stato inoltre eliminato il divieto «di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni» (art. 2, comma 1, lett. b, d.l. n. 223/2006)⁴⁸: innovazione successivamente confermata dall'art. 4, d.P.R. 7 agosto 2012, n. 137, emanato in attuazione del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, che riconosce la possibilità di pubblicizzare con ogni mezzo l'attività delle professioni regolamentate⁴⁹. L'ammissibilità della pubblicità comparativa ha incontrato invece maggiori resistenze: non solo è stata vietata dal codice deontologico forense (art. 17, comma 2⁵⁰) in contrasto con la giurisprudenza amministrativa⁵¹, ma la diffusione di un'interpretazione restrittiva da parte degli ordini professionali dei parametri di liceità di cui all'art. 4, d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, emanato in attuazione dell'art. 14 direttiva 2005/29/CE sulla pubblicità ingannevole (v. anche direttiva 2006/114/CE) ne ha di fatto escluso l'utilizzabilità da parte di tutti i profes-

sionisti iscritti agli albi⁵². Di conseguenza, la pubblicità comparativa è consentita solo ai non iscritti ad albi o elenchi, i quali – va tuttavia osservato – sono considerati i soggetti potenzialmente più idonei «a mettere a rischio le regole di “correttezza” comunicativa, in ragione della mancata soggezione ai diversi ordinamenti deontologici»⁵³.

La spinta riformatrice proveniente dall'ordinamento comunitario si è manifestata in modo evidente nel superamento del divieto per i professionisti di esercitare la loro attività secondo lo schema societario: con l'art. 24, comma 1, l. 7 agosto 1997, n. 266, è stata, infatti, abrogata la regola posta dall'art. 2, l. 23 novembre 1939, n. 1815, che – almeno nell'interpretazione che ne dava la giurisprudenza prevalente – ammetteva solo la possibilità di costituire studi associati⁵⁴, vietando la costituzione di società fra professionisti⁵⁵. In seguito – con il d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, emanato in attuazione della direttiva 98/5/CE – si è riconosciuta la possibilità di esercitare la professione di avvocato nella forma della società in nome collettivo; mentre con il d.l. n. 223/2006 è stata introdotta la possibilità di costituire una società di persona per la prestazione di servizi professionali interdisciplinari (art. 2, comma 1). Solo con l'art. 10, l. 12 novembre 2011, n. 183, per come modificato dall'art. 9 bis, l. n. 27/2012, conv. d.l. n. 1/2012, è stato infine ammessa la costituzione di società di capitali per l'esercizio di attività professionali protette, secondo i modelli regolati dal codice civile (s.t.p.), e di società multidisciplinari, da intendere come società

Yordan Kotsev e FrontEx International EAD v. Emil Yanakiev (spec. v. punti 42 e 43), in *Guida d.*, 2018, 96, con nota di M. CASTELLANETA; CGUE, 4 luglio 2019, C-377/17, *European Commission c. Federal Republic of Germany*, (curia.europa.eu) (spec. v. punto 70).

⁴⁸ Su tali basi, la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto la legittimità del sistema di pubblicità e di offerta delle prestazioni degli avvocati affiliati al circuito della carta sconti “amica card”: Cons. St., 26 marzo 2016, n. 1164, (www.giustizia-amministrativa.it). Anche il Consiglio nazionale forense, preso atto dell'evoluzione normativa che ha condotto anche all'introduzione nella legge professionale dell'art. 10 l. n. 247/2012, ha mutato la propria giurisprudenza in merito all'indicazione dei prezzi della prestazione nei messaggi pubblicitari: CNF, 28 dicembre 2017, n. 243, (www.consiglionazionaleforense.it).

⁴⁹ Nonostante il divieto assoluto della pubblicità ovvero anche di una forma specifica di pubblicità possa costituire di per sé una restrizione alla libera prestazione dei servizi: CGUE, 17 luglio 2008, C-500/06, *Corporación Dermoeestética v. To Me Group Advertising Media*, in *Racc. giur. Corte*, I, p. 5785, una regolamentazione domestica che vieti ai medici di effettuare qualsiasi pubblicità contraria all'etica professionale può nondimeno risultare giustificata da considerazioni imperative di interesse generale attinenti alla salute pubblica e alla tutela dei consumatori, spettando al giudice nazionale verificare se dette regole, pur costituendo una restrizione alla libera prestazione dei servizi, siano idonee a salvaguardare un obiettivo di interesse generale e non eccedano quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito: CGUE, 12 settembre 2013, C-475/11, *Kostas Konstantinides*, (www.curia.europa.eu).

⁵⁰ Si fa riferimento all'ultima versione in vigore dal 12 giugno 2018, pubblicata sulla G.U. 13 aprile 2018, n. 86.

⁵¹ Il TAR Lazio ha ritenuto legittima la sanzione inflitta dall'A.G.C.M. alla Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri per aver introdotto nel «codice deontologico norme idonee a restringere in misura sensibile la concorrenza mediante l'imposizione di ingiustificati divieti o vincoli all'utilizzo dello strumento pubblicitario»: T.A.R. Lazio, 1 aprile 2015, n. 4943, (www.giustizia-amministrativa.it).

⁵² La Corte di giustizia ha chiarito che la pubblicità ingannevole e la pubblicità illegittimamente comparativa sono due infrazioni autonome, e che al fine di vietare e sanzionare una pubblicità ingannevole non è necessario che quest'ultima costituisca al contempo una pubblicità illegittimamente comparativa: CGUE, 13 marzo 2014, C-52/13, *Posteshop SpA–Divisione Franchising Kipoint v. AGCM*, (www.curia.europa.eu).

⁵³ E. MARCHISIO, *Professioni intellettuali e impresa*, Milano, 2018, p. 247.

⁵⁴ L'esclusione dal divieto trova ragione anche nel fatto che, a differenza della società fra professionisti, l'associazione tra professionisti non assume la titolarità dei rapporti con i clienti in sostituzione ovvero in aggiunta al professionista: Cass., 23 maggio 1997, n. 4628, in *Le società*, 1997, p. 1144, con nota di G. SCHIANO DI PEPE; Cass., 13 aprile 2007, n. 8853, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1588; Cass., 8 settembre 2011, n. 18455, in *Nuova g. civ. comm.*, 2012, I, p. 341, con nota di G. MASSIMO; Cass., 24 maggio 2019, n. 14321, (www.italgiure.giustizia.it).

⁵⁵ Cass., 29 gennaio 1973, n. 268, in *F. it.*, I, p. 3194; Cass., 30 gennaio 1985, n. 566, in *R. d. comm.*, 1985, I, p. 115, con nota di A. FUSARO; anche in *Resp. civ.*, 1985, p. 628, con nota di C. VACCA; *F. pad.*, 1985, I, p. 178, con nota di G. ALPA; Cass., 7 gennaio 1993, n. 79, in *G. it.*, 1993, I, p. 1927, con nota di G. DE LUCA; anche in *Nuova g. civ. comm.*, 1994, I, p. 673, con nota di A. ALESSI; Cass., 2 marzo 1994, n. 2053, in *G. it.*, 1994, I, p. 1272, con nota di L. QUATTROCCHIO.



costituite per l'esercizio di più attività professionali⁵⁶.

Norme specifiche sono state introdotte al fine di superare la principale resistenza all'ammissibilità della società tra professionisti, e cioè l'obbligo inderogabile del prestatore d'opera intellettuale di adempiere personalmente l'incarico⁵⁷ – apparentemente incompatibile con l'esecuzione della prestazione da parte della società, che per antonomasia presupporrebbe che il relativo oggetto fosse invece passibile di esecuzione “metaindividuale”⁵⁸ –, disponendosi che nell'atto costitutivo siano previsti «criteri e modalità affinché l'esecuzione dell'incarico professionale conferito alla società sia eseguito solo dai soci in possesso dei requisiti per l'esercizio della prestazione professionale richiesta», precisandosi altresì che la designazione del socio professionista debba essere compiuta dal cliente e che, in mancanza di una sua scelta, «il nominativo debba essere previamente comunicato per iscritto all'utente» (art. 10, comma 4, lett. c, l. n. 183/2011)⁵⁹.

⁵⁶ Cfr., in tema di esercizio in forma associata della professione forense, Cass., sez. un., 19 luglio 2018, n. 19282, in *Le società*, 2018, p. 1109, con nota di A. BUSANI, secondo cui, ai sensi dell'art. 4 bis l. n. 247/2012, «è consentita la costituzione di società di persone, di capitali o cooperative i cui soci siano, per almeno due terzi del capitale sociale e degli aventi diritto di voto, avvocati iscritti all'albo, ovvero avvocati iscritti all'albo e professionisti iscritti in albi di altre professioni, ed il cui organo di gestione debba essere costituito solo da soci e, nella sua maggioranza, da soci avvocati».

⁵⁷ C. IBBA, *Professioni intellettuali e diritto commerciale*, in *Le professioni intellettuali*, a cura di C. IBBA – D. LAPELLA – P. PIRAS – P. DE ANGELIS – C. MACRI', in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1987, p. 474; G. MARASÀ, *Società tra professionisti e impresa*, in *R. not.*, 1997, p. 1345; di recente, E. MARCHISIO, *op. cit.*, p. 147. Giacché l'unica veste di associazione consentita era quella che non facesse venir meno il rapporto di immediatezza tra professionista e cliente basato sull'intuitus personae, in vigenza della l. n. 1815/1939 la giurisprudenza si era orientata nel senso che, rispetto all'esercizio delle professioni protette, solo le società non aventi come scopo l'espletamento dei compiti propri del professionista, ma soltanto quello di porre a disposizione di quest'ultimo un apparato di strutture e di mezzi, fossero escluse dal divieto: Cass., 13 maggio 1992, n. 5656, in *G. it.*, 1993, I, p. 354, con nota di A. BADINI CONFALONIERI; Cass., sez. un., 27 settembre 1997, n. 9500, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 741; Cass., 29 febbraio 2016, n. 3926, in *R. not.*, 2016, II, p. 719, con nota di M. MERCURI; Cass., 22 marzo 2017, n. 7310, in *G. it.*, 2018, p. 1925, con nota di E. DESANA.

⁵⁸ P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 165; ID., *Società tra professionisti*, in *R. not.*, 1997, p. 1365.

⁵⁹ In dottrina si è sostenuto che il riconoscimento della possibilità di costituire società tra professionisti imponga una lettura evolutiva del criterio di personalità nell'esecuzione della prestazione, che superi la dimensione individuale per riflettersi sulla stessa s.t.p. (cd. *intuitus societatis*): G. SCHIANO DI PEPE, *Le società di professionisti*, Milano, 1977, p. 70; C. IBBA, *Professione intellettuale e impresa*, IV, *Esercizio associato della professione e società*, in questa *Rivista*, 1985, II, p. 125; M. RESCIGNO, *Le società tra professionisti*, Milano, 1985, p. 46;

Per contro, anche prima della novella si riteneva, da un lato, che gli esercenti professioni intellettuali non protette potessero abbandonare lo schema del contratto d'opera intellettuale a favore del contratto d'appalto di servizi ovvero di un altro contratto, anche atipico, che implicasse una spersonalizzazione della prestazione e, dall'altro lato, che per tutte le altre attività di professione intellettuale o per tutte le altre prestazioni di assistenza o consulenza che non si risolvessero in un'attività riservata in via esclusiva, continuasse a vigere il principio generale di libertà di lavoro autonomo o di libertà di impresa di servizi⁶⁰.

3. L'evoluzione giurisprudenziale nella responsabilità professionale.

Uno dei principali ostacoli all'ammissibilità dell'esercizio dell'attività professionale in forma societaria era rappresentato dal timore che la persona fisica, chiamata a eseguire la prestazione, potesse sottrarsi alla responsabilità nei confronti dei terzi: secondo l'opinione prevalente il rapporto d'opera professionale si sarebbe instaurato, infatti, tra il cliente e la società, alla quale l'utente avesse conferito l'incarico⁶¹. Tale opinione sembra avere trovato conferma nella legislazione successiva e, in particolare, nell'obbligo, disposto a carico della società, di stipulare una polizza assicurativa per i danni causati ai clienti nell'esercizio dell'attività professionale⁶².

M. BUSSOLETTI, voce *Società di professionisti*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 1075; P. SCHLESINGER, *Abolito il divieto dell'esercizio in forma societaria di attività professionali*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1369; A.M. LEOZAPPA, *Società e professioni intellettuali*, Milano, 2004, p. 60.

⁶⁰ Cass., sez. un., 31 maggio 1968, n. 1475, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1858; Cass., 22 dicembre 1993, n. 12678, in *Inf. e prev.*, 1993, p. 1539; Cass., 30 maggio 2006, n. 12840, in *R. it. d. lav.*, 2007, II, p. 26, con nota di E. SENA; Cass., sez. un., 11 giugno 2008, n. 15530, in *D. e prat. soc.*, 2009, p. 20, con nota di E. SCARANTINO; Cass., 29 marzo 2019, n. 8683, (www.italggiure.giustizia.it).

⁶¹ C. STOLFI, *Struttura e natura giuridica della società di professionisti*, in *R. d. comm.*, 1975, I, p. 136; M. BUSSOLETTI, *op. cit.*, p. 294; G. SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, p. 37; M. RESCIGNO, *Le società tra professionisti*, *cit.*, p. 96; G. MARASÀ, *op. cit.*, p. 1345; P. SPADA, *Società tra professionisti*, in *R. not.*, 1997, p. 1365; A. PAVONE LA ROSA, *Società tra professionisti e artisti*, in *R. soc.*, 1998, p. 93; G. RAGUSA MAGGIORE, *La nuova società di professionisti intellettuali: la legge e le prospettive*, in *Vita not.*, 1998, p. 800; S. MAZZARESE, *Professioni liberali, imprese di servizi e società di professionisti*, in *Rass. d. civ.*, 1998, p. 283; A. GEMMA, *I professionisti tra società e impresa*, in *Europ. e d. priv.*, 1998, p. 851.

⁶² Già con riferimento alla nuova disciplina: E. MINERVINI, *La società tra avvocati (s.t.p.) nel d.lgs. 2 febbraio 2001*, n. 96, in *Le società*, 2001, p. 1029; V. BUONOCORE, *Alcuni brevi commenti al d.lgs. 2 febbraio 2001 in tema di società tra avvocati*, in *G. comm.*, 2001, I, p. 279; G. CAPO, *Alcuni brevi commenti*

Ciò tuttavia non esclude una responsabilità anche della persona fisica che in concreto abbia assunto l'obbligo di eseguire l'attività, come riconosce già l'art. 2, comma 1, lett. c, d.l. n. 223/2006, il quale richiede che la specifica prestazione debba «essere resa da uno o più professionisti previamente indicati, sotto la propria personale responsabilità». Analoghe disposizioni si rinvengono nella disciplina di settore e, in particolare, nelle norme in tema di società tra avvocati⁶³ – art. 26, comma 1, d.l. n. 96/2001, per il quale «i soci incaricati sono personalmente e illimitatamente responsabili per l'attività professionale svolta in esecuzione dell'incarico» – confermate anche di recente dall'art. 1, comma 141, lett. b), l. 4 agosto 2017, n. 124, che ha introdotto l'art. 4 bis, comma 4, l. n. 247/2012, ritenute espressive di una disciplina più generale, applicabile a tutte le s.t.p., quale che sia il tipo societario secondo il quale sono state costituite.

Il confronto con la disciplina può indurre a considerare la responsabilità del socio professionista come un'ipotesi di responsabilità contrattuale di fonte legale⁶⁴. Tale conclusione trova argomento nella designazione del socio professionista, ritenuto dalla legge responsabile dell'esecuzione dell'incarico, il cui scopo sembra proprio quello di costituire un rapporto obbligatorio diretto tra il cliente e il socio incaricato (ma non con il professionista ausiliario). Né si può trarre argomento, per negarne la natura contrattuale, dai rilievi che sono

al d.lgs. 2 febbraio 2001 in tema di società tra avvocati, in *G. comm.*, 2001, I, p. 283; M. SERRA, *Alcuni brevi commenti al d.lgs. 2 febbraio 2001 in tema di società tra avvocati*, in *G. comm.*, 2001, I, p. 296; C. IBBA, *Le società tra avvocati: profili generali*, in questa *Rivista*, 2002, II, p. 362; G. SCOGNAMIGLIO, *Amministrazione e responsabilità nella società di avvocati*, in *Studi in onore di Schlesinger*, IV, Milano, 2004, p. 3085; P. SPADA, *Schegge di riforma del diritto delle società di persone*, *ivi*, p. 3110; M. TOMASSI, *Società tra professionisti: spunti critici alla luce del d.lgs. 96/2001 e dei tentativi di riforma del mercato dei servizi professionali*, in *Studium iuris*, 2011, p. 743; M. CIAN, *La nuova società tra professionisti. Primi interrogativi e prime riflessioni*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2012, p. 18; A. TOFFOLETTO, *Società tra professionisti*, in *Le società*, 2012, p. 31; S. ROSSI – E. CODAZZI, *La società tra professionisti: l'oggetto sociale*, in *Le società*, 2012, suppl. 5, p. 8; A. FUSARO, *Le società per l'esercizio di attività professionali in Italia e all'estero*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2013, suppl. 3, p. 69; M. SALAZAR, *Le associazioni e le società tra avvocati dopo la legge 31 dicembre 2012, n. 247 di riforma dell'ordinamento forense: realtà e prospettiva*, in *Contratto e impr.*, 2013, p. 1174.

⁶³ Sulle quali v. F. FEZZA, *Alcuni brevi commenti al d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96 in tema di società tra avvocati*, in *G. comm.*, 2001, I, p. 290; E. CODAZZI, *Alcuni brevi commenti al d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96 in tema di società tra avvocati*, in *G. comm.*, 2001, I, p. 303; più di recente, G. BERTELOTTI, *Società tra professionisti e società tra avvocati*, Torino, 2013, p. 159.

⁶⁴ Per una diversa opinione v. M. ZACCHEO, *Società tra professionisti e professioni protette*, in *Le società*, 2012, p. 18.

stati sollevati sulla compatibilità con il nostro ordinamento della teorica dell'obbligazione senza prestazione⁶⁵. Anche ove si respinga – in linea con la novella sulla responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24) – l'idea secondo la quale la responsabilità professionale sia fondata sull'inadempimento di un'obbligazione derivante da contatto sociale⁶⁶, la qualificazione di responsabilità contrattuale andrebbe in ogni caso confermata: sia perché appunto si tratterebbe di un'ipotesi di responsabilità da inadempimento di un'obbligazione *ex lege*; sia perché, anche laddove ricostruita come conseguenza del contatto sociale, si atterrebbe, quanto al contenuto, come una normale obbligazione, destinata a produrre un risultato utile per il creditore, non a tenerlo indenne da un rischio di danno generato dalla prestazione⁶⁷.

Riprendendo le considerazioni svolte in precedenza, ormai anche in giurisprudenza risulta consolidata l'opinione secondo la quale tutte le obbligazioni hanno un contenuto che comprende sempre, oltre al comportamento dovuto, il risultato. In particolare, il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato trova radice in un precedente giurisprudenziale il quale, pur non abbandonando tale dicotomia, aveva sostenuto che, quando il cliente avesse provato in giudizio che l'intervento operatorio fosse di facile esecuzione e che il risultato conseguito fosse peggiorativo delle sue condizioni, si sarebbe dovuta presumere, in mancanza di prova contraria del professionista, l'inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione⁶⁸. In questa ipotesi, il professionista avrebbe

⁶⁵ In una prospettiva contraria: C. RINALDO, *Profili di responsabilità nelle società tra professionisti*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2014, p. 851.

⁶⁶ Per tutti v. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 566.

⁶⁷ Cfr. A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 450; F. CAFAGGI, *La responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, XVII, Torino, 1997, p. 181.

⁶⁸ Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *F. it.*, 1979, I, p. 4; Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, in *F. it.*, 1999, I, p. 2874, con nota di E. FILOGRANA; anche in *G. it.*, 2000, p. 479, con nota di F. PATARNELLO; *Nuova g. civ. comm.*, 2000, I, p. 226, con nota di C. PARODI; *Resp. civ.*, 2000, p. 995, con nota di M. GORGONI; Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, in *Corr. giur.*, 2005, p. 33, con nota di A. DI MAJO; anche in *F. it.*, 2004, I, p. 3328, con nota di A. BITETTO; *Danno e resp.*, 2005, p. 23, con nota di R. DE MATTEIS; *Nuova g. civ. comm.*, 2005, I, p. 552, con nota di C. PASQUINELLI; *G. it.*, 2005, p. 1413, con nota di S. PERUGINI; Cass., 18 aprile 2005, n. 7997, in *Corr. giur.*, 2006, p. 247, con nota di F. ROLFI; anche in *Riv. it. medicina legale*, 2006, p. 629, con nota di M. BARNI; Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Resp. civ.*, 2007, p. 282, con nota di P. CENDON; anche in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 369, con nota di R. ROSSI; *Nuova g. civ. comm.*, 2007, I, p. 784, con nota di C. SGANGA; *Danno e resp.*, 2007, p. 310, con nota di G. PONZANELLI; *Corr.*

be dovuto provare non tanto di aver rispettato le *leges artis*, bensì che l'esito peggiorativo fosse stato causato dal sopravvenire di un evento impreveduto e imprevedibile che avrebbe reso in concreto impossibile il conseguimento del risultato previsto mediante l'intervento⁶⁹.

Nel cammino che ha condotto la giurisprudenza a superare la distinzione tra mezzi e risultato ha assunto rilevanza il *dictum* di S.U., 30 gennaio 2001, n. 13533, in merito al riparto dell'onere probatorio nella responsabilità contrattuale⁷⁰. I giudici di legittimità avevano affermato il principio di diritto per cui il creditore, sia che agisca per la risoluzione per inadempimento, sia che domandi la responsabilità per inadempimento, deve provare l'esistenza di un'obbligazione, potendo limitarsi ad allegare la circostanza dell'inadempimento, spettando al debitore, in virtù del principio di vicinanza della prova, fornire la prova contraria dell'adempimento. Facendo applicazione di questi principi nelle cause di responsabilità medica, la giurisprudenza ha ritenuto in un primo tempo che il paziente, pur potendosi limitare ad allegare l'inadempimento del sanitario, dovesse però fornire la prova oltre che del contratto, anche del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del medico e l'evento dannoso⁷¹. Tuttavia, le stesse Sezioni unite, con la successiva pronuncia n. 577/2008, hanno ritenuto di non poter condividere questa impostazione relativa alla prova del nesso di causalità, che risentirebbe della ormai superata distinzione tra obbligazioni di mezzi e di

risultato e non risulterebbe coerente con i principi elaborati dalla stessa pronuncia n. 13533/2001, nella quale, non a caso, di tale distinzione non si fa menzione⁷². Di conseguenza, il paziente non avrebbe necessità di provare il nesso, che si presume dall'allegazione di un inadempimento astrattamente idoneo a cagionare il danno secondo un criterio di normalità causale; toccherebbe al medico provare l'adempimento ovvero che il suo inadempimento non sia stato causa dell'evento dannoso, essendo intervenuto un fattore esterno che ha determinato il mancato raggiungimento del risultato positivo per il creditore e interrotto il nesso causale con la propria condotta.

Rispetto al principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite si registra già un'evoluzione nella giurisprudenza più recente, per la quale grava sul creditore-paziente l'onere di provare il nesso di causalità fra la condotta del sanitario e il pregiudizio lamentato⁷³. Tale nuovo indirizzo passa dalla rivalutazione del più risalente orientamento che, ai fini del riparto dell'onere probatorio, valorizzava la distinzione tra interventi di facile e di difficile esecuzione⁷⁴. In particolare, si sostiene che l'art. 2236 c.c., nel contemplare espressamente solo l'intervento di speciale difficoltà (intesa quale obbligazione di mezzi retta dalla regola particolare del limite ai casi di dolo e colpa grave), presupporrebbe anche l'esistenza di altre due categorie: l'intervento routinario o in assenza di difficoltà (inteso quale obbligazione di risultato) e l'intervento non routinario o di ordinaria difficoltà (ricodotto all'obbligazione di mezzi)⁷⁵. Per negare il contrasto con S.U., n. 13533/01⁷⁶ e n. 577/08⁷⁷ – che avrebbe sollecitato una nuova rimes-

giur., 2007, p. 522, con nota di G. TRAVAGLINO; Cass., 20 ottobre 2014, n. 22222, (www.italgiure.giustizia.it).

⁶⁹ Hanno fatto applicazione di questi principi in settori diversi da quello medico: Cass., 14 novembre 2002, n. 16023, in *Danno e resp.*, 2003, p. 256, con nota di F.A. SALVATORE, per l'avvocato che nella formulazione di un parere ometta di indicare al cliente che il diritto che questi intende far valere in giudizio in realtà sia prescritto; Cass., 21 marzo 1997, n. 2540, in *Corr. giur.*, 1997, p. 547, con nota di V. CARBONE; Cass., 2 febbraio 2007, n. 2257, in *F. it.*, 2007, I, p. 2113; Cass., 18 gennaio 2017, n. 1214, (www.italgiure.giustizia.it), per l'ingegnere o l'architetto che elabori un progetto di costruzione di un'opera irrealizzabile perché inadeguato o non conforme alle regole tecniche e giuridiche in materia di edificabilità.

⁷⁰ Cass., sez. un., 30 gennaio 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565, con nota di V. MARICONDA; *Nuova g. civ. comm.*, 2002, I, p. 349, con nota di B. MEOLI.

⁷¹ Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, in *Nuova g. civ. comm.*, 2004, p. 783, con nota di E. PALMERINI; anche in *Danno e resp.*, 2005, p. 26, con nota di R. DE MATTEIS; *G. it.*, 2005, p. 1413, con nota di S. PERUGINI; Cass., 31 luglio 2006, n. 17306, in *D. ec. ass.*, 2007, p. 514, con nota di D. DE STROBEL; Cass., 16 gennaio 2009, n. 975, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1653, con nota di M. BONA; anche in *Danno e resp.*, 2010, p. 372, con nota di M. CAPECCHI – B. TASSONE; *F. it.*, 2010, I, p. 994, con nota di B. TASSONE; *Resp. civ.*, 2010, p. 375, con nota di G. MIOTTA; Cass., 11 maggio 2009, n. 10743, in *Nuova g. civ. comm.*, 2009, I, p. 1276, con nota di A. QUERCI; Cass., 9 giugno 2011, n. 12686, (www.italgiure.giustizia.it).

⁷² Cass., n. 577/2008, *cit.*, p. 1653; Cass., 21 luglio 2011, n. 15993, in *R. it. medicina legale*, 2011, p. 1729, con nota di M. MIGLIO; Cass., 12 dicembre 2013, n. 27855, in *Riv. it. medicina legale*, 2014, p. 1046, con nota di E. OCCHIPINTI; Cass., 21 settembre 2015, n. 18497, (www.italgiure.giustizia.it).

⁷³ Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno e resp.*, 2017, p. 696, con nota di D. ZORZI; *ivi*, 2018, p. 345, con nota di G. D'AMICO; Cass. 14 novembre 2017, n. 26824, in *F. it.*, 2017, I, p. 557, con nota di B. TASSONE; anche in *Danno e resp.*, 2018, p., con nota di R. PARDOLESI – R. SIMONE; Cass., 20 novembre 2018, n. 29853, in *F. it.*, 2019, I, p. 1598, con nota di A. PALMIERI – R. PARDOLESI; Cass., 30 ottobre 2018, nn. 27446, 27447, 27449, 27455, (www.italgiure.giustizia.it); Cass., 13 luglio 2018, n. 18540, in *F. it.*, 2018, I, p. 3570, con nota di R. PARDOLESI – R. SIMONE; Cass., 26 febbraio 2019, n. 5487, in *F. it.*, 2019, I, p. 1594, con nota di A. PALMIERI – R. PARDOLESI; Cass., 11 novembre 2019, n. 28991, in *G. it.*, 2020, p. 35, con nota di A. DI MAJO; anche in *Danno e resp.*, 2020, p. 71, con nota di P. MIRABELLI DI LAURO; Cass., 17 gennaio 2019, n. 1045, (www.italgiure.giustizia.it).

⁷⁴ Cass., n. 6141/1978, *cit.*, p. 4.

⁷⁵ E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *F. it.*, 2018, V, p. 268.

⁷⁶ Cass., sez. un., n. 13533/2001, *cit.*, p. 1565.

⁷⁷ Cass. sez. un., n. 577/2008, *cit.*, p. 1653.



sione del conflitto alle stesse Sezioni unite – i giudici di legittimità hanno fatto leva sulla distinzione fra causalità materiale e giuridica, da una parte, e causalità concernente l'impossibilità di adempiere ex art. 1256, dall'altra parte, sostenendo che quella (indicata dalle decisioni delle Sezioni unite come) incombente sul debitore fosse la prova del nesso di causa per la fattispecie estintiva dell'obbligazione (e cioè per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione), e non anche per la fattispecie costitutiva della responsabilità, la cui prova è da sempre onere del creditore⁷⁸.

Se l'intrinseca debolezza concettuale della distinzione tra mezzi e risultato nel nostro ordinamento non deve indurci a sopravvalutare le indicazioni della giurisprudenza, è vero però che tale distinzione coglie il dato reale della varietà fenomenica dei rapporti obbligatori, come riconosce la stessa dottrina che ne predica l'assoluta irrilevanza⁷⁹. Una volta rifiutato, anche da chi ne sostiene la rilevanza⁸⁰, l'assunto per il quale tale distinzione giustificerebbe un diverso regime per le obbligazioni di mezzi, fondato sulla colpa (ex art. 1176 c.c.), e non sull'inadempimento (art. 1218 c.c.), la dicotomia si giustifica per segnalare il diverso contenuto della prestazione dovuta e, di conseguenza, i fatti che il debitore è chiamato a provare per liberarsi dalla responsabilità⁸¹.

⁷⁸ Cfr. G. ALPA, *Orientamenti della giurisprudenza sulla nuova disciplina della responsabilità medica*, in *G. it.*, 2019, p. 5; F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *G. it.*, 2019, p. 709; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento...extracontrattuale per colpa*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 249; A.M. BENEDETTI, *Verso una "medicalizzazione" della responsabilità contrattuale? Esercizi di (discutibile) riscrittura dell'art. 1218 c.c.*, in *giustiziacivile.com*, 28 gennaio 2020; M. MAGLIUOLO – R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbarraglio*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 256; U. IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, in *F. it. – Gli Speciali*, 2020, V, p. 198; anche S. CAFARELLI, *L'onus probandi della causalità materiale nella responsabilità sanitaria e il rischio della c.d. "causa ignota"*, in *giustiziacivile.com*, 2 gennaio 2020.

⁷⁹ C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europ. e d. priv.*, 2004, p. 74; F. PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europ. e d. priv.*, 2008, p. 83; A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europ. e d. priv.*, 2006, p. 800.

⁸⁰ G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*, Napoli, 1999, p. 117.

⁸¹ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, 2019, Milano, p. 71; U. SALANITRO, *op. cit.*, p. 50; in giurisprudenza cfr. Cass., 20 maggio 2015, n. 10289, in *G. it.*, 2015, p. 2322, con nota di G. SICCHIERO; Cass., 28 febbraio 2014, n. 4876, in *Contratti*, 2014, p. 888, con nota di F. PIRAINO.

4. Professionisti intellettuali e statuto dell'impresa: *splitting up* o *melting down*?

La scelta di sottrarre il professionista intellettuale dallo statuto dell'impresa trova riconoscimento nell'art. 2238 c.c., laddove si consente l'applicazione della disciplina delle imprese commerciali solo rispetto a quelle attività che, pur non essendo di natura liberale, presuppongono l'esercizio di una professione intellettuale da parte del titolare dell'impresa (si pensi al farmacista che venda medicinali già confezionati ovvero a un medico che gestisca una clinica privata)⁸². Tale sottrazione testimonia come nel nostro ordinamento vi sia una diversa considerazione normativa dell'attività intellettuale, la quale non costituisce di per sé esercizio d'impresa neanche quando richiede l'impiego di mezzi strumentali e l'apporto di ausiliari⁸³. Soluzione che trova giustificazione nella tradizione storica, che rifiutava l'equiparazione tra professionisti ed esercenti di attività economiche, frutto di un privilegio le cui origini affondano nella contrapposizione tra *ars liberalis* e *ars illiberalis*⁸⁴.

Tale scelta rischia però di apparire incoerente con un sistema nel quale il professionista non è più considerato come soggetto estraneo alla logica del mercato capitalista⁸⁵: in virtù dell'inclusione nella nozione comunitaria di impresa anche delle professioni intellettuali, infatti, sul piano della disciplina l'esercizio di attività professionale è considerato equivalente all'esercizio di attività imprenditoriale (si pensi alle norme sul ritardo nei pagamenti delle obbligazioni commerciali e alle regole del codice del consumo)⁸⁶ a conferma del «fatto che, oggettivamente, lo svolgimento dell'attività delle libere professioni non è più o non è sempre – normativamente – considerato diverso dallo svolgimento di

⁸² Sottolinea U. SALANITRO, *op. cit.*, p. 270, che la scelta di escludere l'esercizio delle professioni intellettuali dall'ambito della disciplina dell'impresa risultava coerente con le regole che riconoscevano agli ordini e ai collegi professionali una rilevante autonomia.

⁸³ Indici in questo senso si ricavano espressamente anche dalla Relazione al codice civile, n. 917, secondo la quale il codice avrebbe fissato «il principio che l'esercizio di una professione non costituisce di per sé esercizio di una impresa, neppure quando l'espletamento dell'attività professionale richieda l'impiego di mezzi materiali e dell'opera di qualche ausiliario».

⁸⁴ F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, in *Contratto impr. eur.*, 1997, p. 2.

⁸⁵ C. ASSANTI, *Le professioni intellettuali e il contratto d'opera*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, XV, *Impresa e lavoro*, t. I, Torino, 2001, p. 846.

⁸⁶ F. MARINELLI – F. CAROCCIA, *Contratto d'opera e prestazione d'opera intellettuale*, in *Tratt. dir. civ. Perlingieri*, Napoli, 2013, p. 132.



un'attività di impresa sotto il profilo degli interessi da tutelare.»⁸⁷.

Rispetto a un contesto radicalmente mutato, resta da chiedersi perché riconoscere un privilegio di cui si revoca in dubbio la stessa natura di canone di favore, giacché preclude l'accesso ai mezzi di soluzione non fallimentare delle crisi che, in determinati casi, potrebbero rappresentare una risposta più efficiente della sola normativa sulla crisi da indebitamento, a cui i professionisti intellettuali sono sottoposti ai sensi dell'art. 6, l. 27 gennaio 2012, n. 3⁸⁸.

D'altro canto, però, l'esercizio di una professione intellettuale conserva delle caratteristiche che la differenziano dall'attività imprenditoriale – arg. anche dalla diversa *sedes materiae* in cui la libertà professionale (art. 15) e la libertà d'impresa (art. 16) trovano riconoscimento nella Carta di Nizza – e che impediscono un'applicazione indiscriminata dello statuto dell'impresa⁸⁹: ad esempio in materia di concorrenza sleale, ove la presenza «di appositi uffici (come nel caso dei consigli degli ordini delle professioni protette), destinati a controllare il rispetto delle regole di deontologia professionale e ad irrogare le relative sanzioni», è stata ritenuta un ostacolo all'applicazione analogica della disciplina di cui agli artt. 2598 c.c. ss⁹⁰, non del tutto superato neanche nella dottrina⁹¹ e nella giurisprudenza più recente⁹².

⁸⁷ M. RESCIGNO, “Per scelta del legislatore”: professioni intellettuali, impresa e società, in *Analisi g. ec.*, 2014, p. 201.

⁸⁸ M. RESCIGNO, *op. loc. ult. cit.*, p. 201.

⁸⁹ G. OPPO, *Antitrust e professioni intellettuali*, cit., p. 1999, p. 123; A.M. LEZAPPA, *Professioni intellettuali e legislazione speciale: spunti di riflessione*, in *R. not.*, 2002, p. 1186.

⁹⁰ M. LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale*, Catania, 1977-79, rist. Napoli, 2016, p. 301.

⁹¹ Cfr. M.S. SPOLIDORO, *Concorrenza sleale fra liberi professionisti*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 157; G. SCHIANO DI PEPE, *Riflessioni in tema di concorrenza illecita fra professionisti*, in *Atti del Convegno “La concorrenza nelle Professioni e il ruolo del Notariato”*, Genova 21 ottobre 2017, (www.biblioteca.fondazione-notariato.it).

⁹² Nonostante la giurisprudenza di legittimità abbia escluso l'applicazione degli artt. 2598 c.c. ss. ai professionisti intellettuali sostenendo che, presupposto giuridico per la configurabilità di un atto di concorrenza sleale, fosse la sussistenza di una situazione di concorrenzialità tra due o più imprenditori: Cass., 13 gennaio 2005, n. 560, in *G. it.*, 2005, p. 1177, con nota di F. RESTANO; più di recente, Cass., 9 febbraio 2016, n. 2520, (www.italgiure.giustizia.it), l'applicabilità della disciplina sulla concorrenza sleale alle libere professioni rimane tuttora una questione controversa. Nella giurisprudenza di merito, infatti, a fronte di pronunce adesive all'orientamento della Cassazione: App. Bologna, 10 febbraio 2017, n. 356, in *Corr. giur.*, 2018, p. 187, si registrano anche indirizzi di segno opposto. In particolare, risalta una pronuncia ampiamente motivata del Tribunale di Milano che ha ammesso l'applicabilità della disciplina della concorrenza sleale ai rapporti interprofessionali tra avvocati. Secondo i giudici meneghini, “la ratio della disciplina della concorrenza sleale, quale strumento di presidio del libero mercato (...), pare consentire di valorizzare – in funzione di

Consapevole dell'esigenza di tutelare gli interessi fondamentali sottesi all'esercizio delle professioni liberali, si è mostrata anche la giurisprudenza europea in materia antitrust, che ha giustificato misure restrittive della concorrenza adottate al fine di salvaguardare la salute pubblica, la qualità delle prestazioni e i diritti dei consumatori⁹³. Si tratta di indicazioni che hanno trovato riscontro anche nel Trattato di Lisbona, che è stato interpretato nel senso che «la concorrenza non è tutelata come “valore in sé” (ammesso che lo sia stata in passato), bensì come “bene giuridico strumentale” per il raggiungimento di finalità di ordine superiore (in primo luogo: benessere e libertà delle persone); un bene che dovrà essere bilanciato con altri e che, in questo bilanciamento, potrà essere talora sacrificato, con legittime scelte legislative ed amministrative, a valori di rango superiore»⁹⁴. Quest'approccio all'idea di concorrenza, dovuto al progressivo avvicinamento dell'antitrust europeo al *more economic approach* statunitense, «identifica la tutela della concorrenza non più con la tutela di una certa struttura di mercato [modello di concorrenza perfetta dell'economia neoclassica] ma come una disciplina volta a realizzare un ottimale funzionamento del mercato, con l'obiettivo finale di realizzare il massimo benessere del consumatore»⁹⁵.

In quest'ottica, la mancanza in capo al cliente di sufficienti conoscenze per valutare la qualità dei servizi offerti, la sua incapacità di giudicare della prestazione all'indomani del compimento e 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 di eccel-

un'interpretazione estensiva dell'istituto – l'elemento che accomuna i due ambiti dell'attività d'impresa e dell'esercizio della libera professione, ovvero il fatto che, tanto l'impresa, quanto lo studio professionale, siano realtà economiche ove si svolgono attività preordinate all'acquisizione ed alla conservazione di una stabile clientela, dunque di una “quota di mercato”; acquisizione e conservazione su cui certamente può incidere un atto di concorrenza sleale, senza che la dimensione dei mezzi preordinati al fine economico perseguito abbia alcuna rilevanza”: Trib. Milano, 6 giugno 2017, n. 6359, in *Corr. giur.*, 2018, p. 185; in precedenza, anche Trib. Bologna, 13 agosto 1999, in *D. ind.*, 2000, 36, con nota di G. FLORIDIA.

⁹³ CGUE, C-35/99, *cit.*, p. 188; CGUE, C-94/04 e C-2002/04, *cit.*, p. 639; CGUE, C-446/05, *cit.*, p. 1377; CGUE, C-475/11, *cit.*; CGUE, C-377/17, *cit.*

⁹⁴ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., p. 2; cfr. anche R. SENIGAGLIA, *Diritto antitrust e potere di autodeterminazione tariffaria nel mercato delle professioni intellettuali*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2003, II, p. 203; V. PUTORTI, *Prestazioni d'opera intellettuale e regole della concorrenza*, in *Pers. e merc.*, 2012, p. 88.

⁹⁵ M. LIBERTINI, *op. loc. ult. cit.*, p. 19.

lenza nel settore, giustificano l'esigenza di un' incisiva regolazione delle attività professionali⁹⁶. A questi compiti era chiamata la tradizionale auto-regolazione di tipo corporativo fondata sul sistema ordinistico⁹⁷: autoregolazione che ha mostrato tuttavia gravi limiti e della quale è stato infatti proposto il superamento⁹⁸. In particolare, il riconoscimento agli organismi professionali di una così larga autonomia comportava l'accettazione del «rischio che il mercato del settore tendesse a stabilizzarsi ad un livello del costo dei servizi intellettuali più elevato rispetto a quello che si sarebbe potuto avere sulla base del costo marginale della prestazione in un mercato concorrenziale perfetto. In presenza di un mercato con queste caratteristiche, infatti, aumenta il costo delle informazioni per i clienti sulla convenienza del servizio offerto e si riduce la possibilità per i professionisti non affermati di insidiare la clientela dei colleghi che godono di maggiore reputazione»⁹⁹.

Si dubita però che l'alternativa possa essere rappresentata dalla liberalizzazione *tout court* dei servizi professionali, che esporrebbe il cliente al rischio di ricevere prestazioni di qualità insufficiente¹⁰⁰, apparendo preferibile «la definizione di regolazioni amministrative più giuste ed efficienti di quelle del passato». Tali regolazioni dovrebbero, da un lato, salvaguardare «un livello minimo di qualità

delle prestazioni (con selezione degli accessi e vigilanza permanente sull'esercizio delle attività)» e, dall'altro lato, 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»¹⁰¹.

⁹⁶ D. POLETTI, *op. cit.*, p. 501.

⁹⁷ Cfr. Corte cost., 25 ottobre 2005, n. 405, (www.giurcost.org).

⁹⁸ M. BONANNI, *Ordini, professioni, modernizzazione*, in *L'ordine inutile? Gli ordini professionali in Italia*, a cura di M. BONANNI, Milano, 1998, p. 15.

⁹⁹ U. SALANITRO, *op. cit.*, p. 271. In termini economici il problema è affrontato da T.M. ANDERSEN – M. HVIID, *Imperfect competition, information acquisition, and price adjustment*, in *Dynamic modelling and control of national economies 1989*, a cura di N.M. CHRISTODOULAKIS, Oxford, 1990, p. 5; più di recente, U. DULLECK – R. KERSCHBAMER – M. SUTTER, *The Economics of Credence Goods: An Experiment on the Role of Liability, Verifiability, Reputation, and Competition*, in *American Economic Review* 101, 2011, p. 530.

¹⁰⁰ Sottolinea l'A.G.C.M., *Indagine conoscitiva*, n. 40/1997, *cit.*, p. 306, che «un'accentuata asimmetria informativa a sfavore del cliente può esporlo a prestazioni di qualità inadeguata, le quali, data la delicatezza e il rilievo degli interessi su cui incidono alcune attività professionali, sono suscettibili di produrre effetti particolarmente dannosi». In dottrina v. G. OPPO, *Anti-trust e professioni intellettuali*, *cit.*, p. 126; ID., *Sul rapporto fra professione intellettuale e impresa*, in *Ultimi Scritti*, VIII, Padova, 2013, p. 53, per il quale il sistema degli ordini professionali merita ancora di essere conservato, nonostante «possa richiedere qualche ritocco»; P. STANZIONE, *Gli Ordini professionali: funzioni attuali e prospettive di riforma*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1636, per il quale «il principio-cardine di ogni intervento di riforma risiede nell'affermare che gli Ordini devono continuare ad esistere, ma tale esistenza deve essere concretamente funzionalizzata al servizio del cittadino» e, in particolare, «al restringimento del gap informativo, che caratterizza il rapporto tra cliente ed erogatore del servizio relativamente ai contenuti della prestazione professionale».

¹⁰¹ M. LIBERTINI, *Il d.d.l. sulla concorrenza 2015 e le professioni intellettuali*, *cit.*, p. 5.

