

Prefazione

L'espressione "professionista", nel suo significato comune, concerne un sostantivo riferito a soggetti i quali svolgono un'attività con abilità e competenza, ciò indipendentemente dalla materia oggetto di trattazione.

Restringendo il nostro interesse e ponendoci in un contesto giuridico, si delinea l'opportunità di orientarci, nel sistema afferente al lavoro autonomo disciplinato dal codice civile, a quelle attività ritenute di particolare pregio in quanto connotate dal carattere "intellettuale" della prestazione.

Il prestigio delle "competenze" intellettuali può rappresentarsi, anche, riflettendo sulla tradizionale locuzione di "onorario", utilizzata per esprimerne la remunerazione, che sembra far riferimento, più che ad un corrispettivo, a una sorta di riconoscimento quasi solenne (in termini più specificatamente giuridici l'art. 2233 del codice civile ricorre alla parola "compenso" in relazione ai prestatori d'opera intellettuale per differenziare rispetto al termine "corrispettivo" usato per il contratto d'opera agli artt. 2222 e 2225 cod. civ.).

In detto ambito, le attività protette si caratterizzano, in assetto alle professioni regolamentate e tutelate da un Ordine Professionale, per una necessaria abilitazione, l'esame di stato (previsto "in primis" dall'art. 33, quinto comma, della Costituzione Italiana), ad affinamento di una condizione ancora più specifica.

La distinzione tra attività professionali "protette" (o riservate) e "libere", trova poi una indicazione normativa negli artt. 2229 e seguenti del codice civile.

I principi sottesi ad una strutturata architettura normativa trovano fondamento in una correlata valutazione di interessi pubblici, di "fede pubblica", cui il professionista deve far fronte, nonché ad una posizione di

“asimmetria informativa” che sovente si verifica tra cliente e professionista, con riferimento alla quale il primo si trova in subalternità rispetto al secondo.

Ciò però va a contrapporsi da un lato ad una progressiva diffusione di concezioni “mercantilistiche” delle professioni, dall’altro ad un contesto in cui, a volte, si utilizzano anche le normative discrepanti, tra i diversi Paesi dell’Unione Europea, per “aggirare” le “barriere” all’ingresso negli ordini o collegi a cui, in aggiunta, fanno riscontro anche situazioni non sempre perspicue di accesso alle abilitazioni professionali.

Queste prospettive si debbono collocare, riteniamo, in una concezione di “riserva di attività”, ascrivibile a valori di natura pubblicistica e volti alla tutela di diritti rilevanti e delicati, estromettendo le attività non conferenti che devono, pertanto, potersi effettuare, in armonia con il principio di libertà dell’impresa di servizi, nell’ambito dell’iniziativa economica tutelata dall’art. 41 della Costituzione.

In un quadro così sistematizzato, si inserisce il problema della responsabilità che il professionista assume in merito alle proprie prestazioni professionali, alle sfaccettature che tale responsabilità presenta in riferimento alle attività espletate, che, nel caso specifico del dottore commercialista, non sono mai di “monopolio”, in quanto sussistono sempre altri attori (professionisti iscritti in albi diversi oppure non iscritti ad alcun albo, a volte addirittura imprese) che possono fornire servizi “prima facie” sostanzialmente equivalenti, sia pure con profili e peculiarità differenti.

Il problema è quindi pure quello di una dicotomia tra “prestazione” e “responsabilità”, in funzione di matrice soggettiva ed oggettiva: perché un professionista iscritto in un determinato albo professionale deve avere una responsabilità professionale specifica se la stessa, o sostanzialmente equivalente, prestazione può essere svolta da altri attori?

Si pone poi la necessità di distinguere tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale, il problema di avere delle coperture

patrimoniali di garanzia, le aporie che si configurano tra gli obblighi relativi alle disposizioni normative sempre più complicate ed il normale, consueto, rapporto fiduciario professionale: si pensi ad esempio ai problemi connessi all'antiriciclaggio ed alla privacy.

La volontà con cui ci predisponiamo al presente lavoro non è quella di porre in essere una trattazione esaustiva e completa in tema di responsabilità civile del dottore commercialista, bensì quella di dare risalto ad alcuni profili che, sulla base delle conoscenze acquisite, presentano, a nostro avviso, criticità meritevoli di approfondimento.

1. Prodromi

1.1. *Il professionista: ontologia ed origini*

L'origine semantica del termine professionista è legata alla parola “professare”, che può tradursi nel dichiarare apertamente la propria “fede”, nel caso, verosimilmente, a “statuti” regolamentanti un'attività, la quale storicamente poteva anche essere artigianale o artistica.

Il codice civile del 1865 non si occupava di professioni intellettuali, né, parimenti, se ne occupava il codice di commercio del 1882¹.

In Italia, Ordini e Collegi professionali vengono istituiti tra il 1874 e il 1933 (il primo Ordine istituito è quello forense nel 1874, mentre quello dei dottori commercialisti fu istituito ben cinquanta anni dopo, con il Regio Decreto 24 gennaio 1924, n. 103).

Gli Ordini e i Collegi professionali si ponevano come centri virtuosi di potere, attivi a beneficio non solo degli iscritti ma della collettività e del sistema economico in generale².

Prima del 1942 le “*operae liberales*”, in quanto precipua espressione libera dell'intelletto di colui che le esplicava, si riteneva che non costituissero oggetto di rapporti giuridici³.

Tale impostazione derivava dal diritto romano il quale, nell'ambito di quelle che intendiamo come attività lavorative, distingueva le opere “*liberales*” dalla “*locazione*”, ricomprendendo in quest'ultima il lavoro artigianale e autonomo (*locatio operis*) e il lavoro subordinato (*locatio operarum*)⁴.

La definizione di professionista, oggetto del presente lavoro, deve tenersi distinta dalla nozione di professionista contenuta nel “*Codice del*

¹ R. SALOMONE, *Le Libere professioni*, Padova, Cedam, 2010, pagg. 1-2.

² M. MALATESTA, *Professionisti e gentiluomini*, Torino, Einaudi, 2006, pagg. 348 e ss..

³ C. TIMELLINI, *Liberi professionisti*, in *Digesto online*, Torino, Utet Giuridica, 2008, pag. 4.

⁴ G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale – artt. 2229-2238*, in *Codice Civile commentato*, Milano, Giuffrè, 2009, pag. 82.

consumo” (D.lgs. 06 settembre 2005 n. 206), il quale all’art. 3 (che si occupa delle varie definizioni) alla lettera c), definisce il professionista come la “*persona fisica o giuridica che agisce nell’esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, ovvero un suo intermediario*”; in tale ultimo contesto, peraltro, non si configura una categoria giuridica “*di status*”, poiché, in base al contratto concluso, lo stesso soggetto può rivestire la qualifica di professionista o di consumatore (ad esempio, un commercialista assumerà la veste di professionista quando concluderà un contratto di prestazione professionale con i propri clienti e quella di consumatore quando acquisterà, quale privato, dei beni di consumo personali).

Il codice civile del 1942 introduce la disciplina “*Delle professioni intellettuali*” con dieci articoli, dal 2229 al 2238, ovvero l’intero capo II del titolo III (libro V).

L’approccio che si ricava dalle disposizioni anzidette si fonda sulle premesse che il professionista intellettuale non è un imprenditore e che talune professioni sono permesse in esclusiva agli iscritti in appositi albi, con ciò prospettando, in prima approssimazione, un assetto organizzativo di tipo corporativo (artt. 2229 e 2231 c.c.), con prestazioni che, in linea di principio, non prevedono intervento di sostituti (art. 2232 c.c.)⁵.

Il paradigma delle professioni intellettuali risulta caratterizzato, in primo luogo, dalla “*intellettualità*”, ovvero dall’esistenza di un significativo apporto predominante, “*quid pluris*”, correlato all’intelligenza ed alla cultura, rispetto all’eventuale opera materiale che può tuttavia coesistere con lo stesso nell’esecuzione della prestazione⁶.

Dal punto di vista terminologico dobbiamo rilevare che non sussiste, a livello codicistico, una precisa definizione del concetto di professione intellettuale per cui, in carenza, basandoci sull’inserimento della fattispecie

⁵ P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, Iovene Editore, 1980, pag. 887.

⁶ P. MARIOTTI -A. SERPENTI- R. CAMINITI, *Casi di responsabilità civile di avvocati, notai, commercialisti e consulenti del lavoro*, Rimini, Maggioli, 2012, pag. 281.

nell'ambito del lavoro autonomo (Titolo III del c. c.), si può evincere che una caratteristica fondamentale dello stesso è appunto l'*autonomia*, la quale rappresenta dunque un connotato essenziale nella configurazione giuridica del professionista intellettuale⁷.

Tale autonomia, naturalmente, va temperata con gli interessi generali i quali, “*sebbene variamente determinati, possono comprensivamente qualificarsi come relativi alla pubblica fede*”⁸.

1.2. *Contratto d'opera e contratto d'opera intellettuale*

Come accennato, la disciplina delle professioni intellettuali, nel sistema del codice civile del 1942, appare fortemente incentrata sulle professioni “protette”, poiché il loro esercizio, “*ancorché caratterizzato da una forte autonomia, si carica di valenze pubblicistiche alla cui salvaguardia sono in prima istanza deputati i singoli ordini professionali, dotati di poteri disciplinari sugli iscritti e di poteri di tutela degli interessi economici e deontologici della corporazione*”⁹.

Il contratto d'opera intellettuale, risultando inserito nell'ambito del codice civile al titolo III, del libro V, assieme al contratto d'opera, si trova contraddistinto dal medesimo *genus* di quest'ultimo, configurando tuttavia una distinta *speciem*¹⁰.

Caratteristica del contratto d'opera è l'aver ad oggetto esclusivamente (o quantomeno prevalentemente) una prestazione di *facere*,

⁷ Cassazione Civile n. 1266, 18 giugno 1965, in *Giurisprudenza Italiana*, 1966, I, pag. 65.

⁸ L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, artt. 2188-2246, Bologna, Zanichelli, 1968, pag. 192.

⁹ S. MAZZAMUTO, *Il Contratto d'opera intellettuale*, in M. BESSONE (a cura di), *Lineamenti di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2000, pag. 600.

¹⁰ A. BALDASSARI – S. BALDASSARI, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, Giuffrè, 2006, pag. 259.

ovvero ciò che, nella comune accezione, si tende ad indicare semplicemente come *servizio*¹¹.

Il contratto d'opera è definito, dall'art. 2222 c.c., come il negozio con cui “*una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente*”; esso si presenta come una fattispecie residuale, rispetto ai casi in cui il rapporto non presenti una disciplina prevista dal libro IV del codice civile (es. soprattutto contratti di appalto, ma anche di trasporto, mandato e vendita).

Al prestatore d'opera viene richiesta l'assunzione di un “*rischio d'impresa*”, analogo a quello dell'appaltatore (artt. 2227 e 2228 c.c.).

Dalla normativa (art. 2224 c.c.), si rileva che oggetto del contratto non è il lavoro del prestatore, bensì il *risultato* di tale lavoro, che deve corrispondere alle condizioni del contratto ed essere effettuato a regola d'arte.

In ciò si palesa la fondamentale differenza con la prestazione del professionista intellettuale, per il quale, viceversa, come meglio approfondiremo nel proseguo, si ha un'obbligazione non necessariamente volta a fornire un risultato ma che si impronta ad un comportamento diligente il quale, ragionevolmente potrà condurre a tale risultato (obbligazione “*di mezzi*”): fermo restando, sempre, il generale concetto di buona fede oggettiva che permea l'intera materia contrattuale.

Il professionista è tenuto ad eseguire il contratto con correttezza e buona fede in osservanza alle disposizioni di cui agli artt. 1175, 1337 c.c.

¹¹ M. TESCARO, *Unitarietà e centralità del contratto d'opera nel panorama del contratto di servizi*, Padova, Cedam, 2017, pag. 81.

(che concerne più propriamente la fase precontrattuale di trattativa)¹² e 1375 c.c. (sulla correttezza, in generale, in materia di obbligazioni).

Già nella fase precontrattuale, la buona fede in senso oggettivo, intesa come lealtà e correttezza del comportamento¹³, implica che il professionista debba informare il cliente in merito al possibile esito dell'incarico, mantenere il segreto professionale (con riferimento alla normativa sussistente in proposito) e astenersi dal curare interessi contrari a quelli del cliente stesso.

In merito alla *buona fede esecutiva* di cui all'art. 1375 c.c., dobbiamo precisare che, durante l'esecuzione del contratto, essa si deve esternare anche in relazione a comportamenti non specificamente prescritti nel contratto¹⁴.

Possiamo ulteriormente menzionare l'art. 1336 c.c., per quanto concerne l'interpretazione del contratto, come pure l'art. 1358 c.c., in rapporto alla pendenza della condizione.

Si deve ricordare, poi, la precipua importanza dell'art. 1176 c.c., sulla diligenza nell'adempimento che, al secondo comma, si riferisce alle obbligazioni inerenti all'attività professionale (come vedremo meglio nel prossimo capitolo).

Aspetto da sottolineare, dopo l'accento alla differenza tra contratto d'opera e contratto d'opera intellettuale, è la questione del “*se ed in che termini*” possa ritenersi rientrante in tale ultimo contratto anche una “*prestazione di servizi*”; a tal proposito come sarà più ampiamente sviluppato nel proseguo, deve rilevarsi che la prestazione di servizi, intesa nel polimorfismo in cui si realizza nella prassi, può ben attagliarsi anche

¹² A. CATAUDELLA, *I contratti – parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, pag.46.

¹³ Cfr. *Manuale di diritto civile*, Roma, Edicusano, 2019, pag. 39.

¹⁴ *Manuale di diritto civile*, Edicusano, cit., pagg. 93-94.

all'opera intellettuale, nel qual caso vanno però specificate le problematiche attinenti al *risultato* del servizio reso.

In effetti, mentre nella prestazione di servizi compiuta ad esempio in afferenza ad un contratto di appalto di servizi viene a prefigurarsi un rapporto "*intuitu rei*", ove in capo al soggetto "*imprenditore*" affidatario si ha l'assunzione del rischio e dell'organizzazione, nell'incarico professionale si ha una connotazione, di norma, "*intuitu personae*" stante il perfezionamento di un'obbligazione a specifico carattere prestazionale¹⁵.

1.3. Quadro legislativo e giurisprudenziale

In relazione ai paragrafi precedenti e alla prefazione, risulta già evidente che le fonti di diritto inerenti al nostro tema di analisi si rinvencono sostanzialmente nella Costituzione e nel Codice civile.

Rispettando un ordine, anche gerarchico, non possiamo che iniziare considerando l'art. 33 della Costituzione, il quale subordina ad un esame di stato l'abilitazione all'esercizio professionale e, inoltre, richiamare l'indiretta previsione dell'art. 35, primo comma, Costituzione che, tutelando il lavoro in tutte le sue forme, deve riferirsi evidentemente anche alle professioni intellettuali.

Non appare invece conferente, sin dalla sentenza della Cassazione n. 3176/1956¹⁶, la particolare tutela di cui all'art. 36 Costituzione, secondo cui "*il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia una esistenza libera e dignitosa*", ciò per l'evidente ragione che, data la molteplicità delle prestazioni del professionista, non risulta possibile definire, per ognuna di esse, il minimo necessario alle esigenze di cui all'articolo *de quo*.

¹⁵ Corte dei Conti – Sezione Puglia, deliberazione n. 63/PAR/2014, 20 marzo 2014, in *diritto.it*, rivista elettronica, 09 maggio 2014, pag. 2.

¹⁶ Cassazione Civile, 09 settembre 1956, n. 3176, in *Foro Italiano*, 1956, I, pag. 1270.

Il Codice Civile dedica, come già indicato nel primo paragrafo del presente capitolo, un Capo (il II, titolo III, Libro V), alla disciplina delle “*professioni intellettuali*” e del “*contratto di prestazione d’opera intellettuale*”; trattasi di fattispecie applicabili anche a tutte le professioni il cui accesso è subordinato all’iscrizione in appositi albi o elenchi.

Le professioni intellettuali si collocano in un sistema normativo complesso, in cui aspetti privatistici si pongono in parallelo ad altri di carattere pubblicistico, modellando un sistema di responsabilità professionale con considerevoli sfaccettature.

Le norme (artt. 2229-2238 c.c.) sono caratterizzate anche dalla previsione di un regime specifico di responsabilità (art. 2236 c.c.), in base al quale “*se la prestazione implica soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d’opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*”.

Particolare rilievo assume, in funzione degli intenti del nostro presente studio, l’art. 2229 c.c., il quale dispone che “*La legge determina le professioni intellettuali per l’esercizio delle quali è necessaria l’iscrizione in appositi albi o elenchi*”.

Ciò determina una deroga al principio, dominante nel nostro attuale ordinamento giuridico¹⁷, per cui le attività intellettuali possono essere liberamente poste in essere dai soggetti che godono semplicemente della fiducia dei clienti.

Si pone, quindi, una divisione assiologica tra “*professioni protette*” e “*professioni non protette*”, anche se tale ripartizione non ha in realtà carattere esaustivo delle differenze; esistono difatti delle professioni che, pur essendo protette, comportano l’esercizio di prestazioni che non sono di dominio esclusivo e/o che consistono invero in prestazioni non preservate; ciò reca ad effetto un’ulteriore e complessa *distinzione tra attività di tipo*

¹⁷ Cassazione Civile, 10 maggio 1957 n. 1651, in *Foro Italiano*, 1958, I, pag. 91-95.

esclusivo e di tipo non esclusivo: il caso del dottore commercialista è appunto emblematico in questo senso, come vedremo in seguito.

In ogni modo, per le professioni protette, si rende necessario propedeuticamente il conseguimento di un titolo di studio, inoltre il tirocinio e/o l'esame di Stato per l'abilitazione (ex art. 33, quinto comma, Costituzione), occorre poi l'iscrizione nell'apposito albo/elenco e, in conseguenza, l'osservanza delle relative norme di deontologia professionale.

Le professioni per le quali è prevista l'iscrizione in un albo possono essere raggruppate in *tecniche* (es agronomi, architetti, geologi, geometri, ingegneri, periti agrari e periti industriali), *giuridico-legali* (es. avvocati e notai), *amministrative-economiche* (es. commercialisti, consulenti del lavoro), *mediche e sociosanitarie* (es. medici, odontoiatri, farmacisti, biologi), *altre* (es. giornalisti e pubblicitari)¹⁸.

Nel nostro ordinamento non sono viceversa regolamentate, ad oggi, altre professioni, ad esempio quelle inerenti *marketing, comunicazioni, interpreti e traduttori, pubblicità etc...*

In caso di interdizione all'esercizio delle professioni protette, per mancanza d'iscrizione o espulsione dall'Ordine o Collegio, si ha anche il venir meno del diritto al compenso professionale (art. 2231 c.c.); tuttavia l'eventuale pagamento effettuato non può essere ripetuto, in base alla regola della "*soluti retentio*"¹⁹.

La limitazione data dalla necessaria iscrizione all'albo si giustifica, anche al fine della compatibilità con l'art. 4 della Costituzione il quale riconosce a "*tutti i cittadini il diritto al lavoro*" nonché la "*scelta*" della funzione da svolgere, con la necessità di garantire a tutti gli aventi causa una tutela appropriata, in relazione ad attività ritenute dal legislatore

¹⁸ C. TIMELLINI, *Liberi professionisti*, cit., pag.3.

¹⁹ G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro autonomo: Diritto del Lavoro*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1958, pag. 1014.

particolarmente rilevanti dal punto di vista delle capacità tecniche e delle competenze²⁰.

La Corte Costituzionale ha, in proposito, affermato che l'obbligatorietà dell'iscrizione ad un albo professionale si legittima in relazione ad esigenze di tutela di interessi di carattere generale²¹.

E' appena il caso di accennare, in questa sede, alla problematica concernente l'impatto inerente alla disciplina normativa dell'Unione Europea, che tende ad inserire la *libertà professionale* e la *libertà di impresa* nei Paesi aderenti; ciò in particolare a mezzo degli articoli 15 e 16 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (proclamata a Nizza, il 7 dicembre 2000, e poi, il 12 dicembre 2007, a Lisbona), la quale, laddove venisse adottata in maniera definitiva, porrebbe seri problemi all'intero impianto normativo delle libere professioni in Italia²².

Quali fonti certamente non marginali, ai fini estimativi della responsabilità professionale, devono pure considerarsi le norme deontologiche e disciplinari degli Ordini professionali.

²⁰ A. BALDASSARI – S. BALDASSARI, *La responsabilità civile del professionista*, cit., pag. 102.

²¹ Corte Costituzionale n. 59 del 25 marzo 1976, in *giurcost.org*, consulta online - periodico telematico, 1976, indice cronologico.

²² E. GIANFRANCESCO – G. RIVOCCHI, “*La disciplina delle professioni tra Costituzione italiana ed ordinamento europeo*”, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, Amministrazione in Cammino rivista elettronica 22.09.2009, pagg 1-24.