

Il Codice Civile

Commentario

fondato e già diretto da Piero Schlesinger
continuato da Francesco D. Busnelli e Giulio Ponzanelli

Giuseppe Musolino

Contratto d'opera professionale

Artt. 2229-2238

Terza edizione

 GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

ART. 2229

ESERCIZIO DELLE PROFESSIONI
INTELLETTUALI

La legge determina le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi o elenchi.

L'accertamento dei requisiti per l'iscrizione negli albi o negli elenchi, la tenuta dei medesimi e il potere disciplinare sugli iscritti sono demandati alle associazioni professionali, sotto la vigilanza dello Stato, salvo che la legge disponga diversamente.

Contro il rifiuto dell'iscrizione o la cancellazione dagli albi o elenchi, e contro i provvedimenti disciplinari che importano la perdita o la sospensione del diritto all'esercizio della professione è ammesso ricorso in via giurisdizionale nei modi e nei termini stabiliti dalle leggi speciali.

SEZIONE I

LA LIBERTÀ DI ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ
LAVORATIVA E LE PROFESSIONI PROTETTE

SOMMARIO: 1. La nozione di professione intellettuale. — 2. Riserva di legge statale, potestà legislativa regionale e principi fondamentali in tema di professioni intellettuali. — 3. Gli indici normativi per l'individuazione delle professioni intellettuali protette. — 4. Professioni intellettuali e principi costituzionali. Aspetti generali. — 5. *Segue*. I principi costituzionali nelle professioni di avvocato, di medico, di architetto. — 6. Il principio generale di libertà lavorativa e le sue restrizioni per le professioni intellettuali. — 7. Professioni intellettuali e lavoro subordinato. — 8. *Segue*. Professione di giornalista e lavoro subordinato. — 9. *Segue*. Professione di avvocato e lavoro subordinato. — 10. Il tirocinio. Aspetti generali. — 11. *Segue*. Il compenso per il tirocinante e gli altri obblighi del professionista. — 12. *Segue*. La durata e le modalità del tirocinio. — 13. La prova teorico-pratica abilitante alla professione: l'esame di Stato. — 14. Professioni protette senza esame di Stato. — 15. Il requisito della moralità. — 16. L'albo professionale. — 17. L'atto di iscrizione all'albo. — 18. La cancellazione dall'albo. — 19. L'esercizio della professione nell'ambito dell'Unione europea. — 20. Le norme europee sul riconoscimento dei titoli professionali. — 21. Il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi. — 22. Le norme europee speciali per le professioni sanitarie e di architetto. — 23. Intelligenza artificiale, *blockchain*, *smart contract* e professioni intellettuali.

1. La nozione di professione intellettuale.

La norma che apre il capo dedicato alle professioni intellettuali

si occupa innanzi tutto di stabilire che spetta al legislatore la determinazione delle professioni per il cui esercizio è necessaria l'iscrizione in appositi albi (art. 2229, comma 1, c.c.).

Viene, dunque, istituita una riserva di legge, ai fini della creazione delle professioni così dette protette, lo svolgimento delle quali non è libero (la 'protezione' consiste, per l'appunto, nell'interdire l'esercizio della professione a chi non sia iscritto all'albo o ne sia stato espulso e nella soggezione al potere disciplinare dell'ordine) (1).

L'espressione professioni intellettuali costituisce nel linguaggio legislativo una novità del codice del 1942, che in tal modo individua le professioni connotate per l'intrinseca libertà o liberalità dell'attività che ne forma l'oggetto; libertà o liberalità che non stanno "a significare tanto lo stato di indipendenza, che caratterizza ogni forma di lavoro autonomo, ma principalmente l'impegno della capacità e competenza del professionista, in cui trova realizzazione la sua libertà di giudizio, per soddisfare i bisogni di altri uomini strettamente pertinenti alla realizzazione della loro personalità, e dunque della stessa libertà, che costituisce un dato inseparabile della natura umana" (2).

Dalla formulazione della norma si deduce che, all'interno della categoria delle professioni intellettuali, solo quelle determinate *ex lege* sono tipizzate e assoggettate all'iscrizione in albi o elenchi: oltre a queste, vi possono essere professioni intellettuali esercitabili liberamente (3).

(1) Sul punto, si veda T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 24 marzo 2009, n. 1972, in *Foro amm.-TAR*, 2009, p. 637.

(2) In questi termini, R. SCOGNAMIGLIO, *Personalità umana e tutela costituzionale delle libere professioni*, in *Dir. fam.*, 1973, p. 803 ss., che osserva come l'espressione professioni intellettuali appaia empirica, approssimativa e per molti versi ambigua.

(3) Nel medesimo senso del testo, si veda: A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1996, p. 377, secondo cui le norme del codice civile in tema di professioni intellettuali si applicano pure ad attività il cui svolgimento è completamente libero, non connettendosi alla presenza di albi o elenchi di tipo pubblicistico e alla necessità, per i singoli professionisti, di esservi iscritti. Si tratta, in sostanza, di prestatori d'opera intellettuale, che, privi di disciplina relativa a requisiti soggettivi, sono comunque inquadrabili, dal punto di vista della normativa applicabile, nel capo II del titolo III del libro I del codice civile. Per ulteriori approfondimenti, cfr. *Professioni intellettuali*, in *Noviss. Dir. it.*, vol. I, fasc. 100, par. 1000.

ART. 2230

**PRESTAZIONE D'OPERA
INTELLETTUALE**

Il contratto che ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale è regolato dalle norme seguenti e, in quanto compatibili con queste e con la natura del rapporto, dalle disposizioni del capo precedente.

Sono salve le disposizioni delle leggi speciali.

SEZIONE I

L'INQUADRAMENTO CONTRATTUALE
DELLA PRESTAZIONE D'OPERA INTELLETTUALE

SOMMARIO: 1. L'inquadramento contrattuale della prestazione d'opera liberale. Il contributo dell'interpretazione storica. — 2. Prestazione liberale e contratto fra codice civile e legislazione speciale. — 3. Prestazione professionale e delega di funzioni pubbliche da parte dello Stato. — 4. Prestazione d'opera intellettuale e mandato. — 5. Prestazione d'opera intellettuale e lavoro autonomo. — 6. Contratto d'opera intellettuale e teoria del contatto sociale.

1. L'inquadramento contrattuale della prestazione d'opera liberale. Il contributo dell'interpretazione storica.

La disciplina della prestazione d'opera intellettuale viene affrontata nel codice civile da un legislatore consapevole dell'esperienza giuridica romana; quest'ultima in diversi singoli punti e nella visione complessiva delle professioni liberali ha concorso alla formulazione delle norme in materia, informando inoltre la dottrina e la giurisprudenza anteriori e successive al codice stesso.

Si è, così, osservato che una presa di coscienza non convenzionale e di maniera di questo dato è importante per comprendere le peculiarità del contratto d'opera intellettuale, nuova figura creata dal legislatore del 1942, rispetto ad altri contratti, quali il contratto d'opera manuale e l'appalto, precedentemente regolati come fattispecie di locazione e ora affrancati da tale classificazione che acco-

munava sotto lo stesso schema negoziale le cose, oggetto di diritto — *locatio rei* —, e le persone, soggetti di diritto — *locatio operarum* e *locatio operis* (1).

Nei primi secoli dalla fondazione di Roma, le prestazioni di lavoro vengono svolte all'interno della propria comunità gentilizia (*gens*) prima, familiare (*familia*) successivamente, alle dipendenze del *pater familias*, senza che vi siano formalizzazione negoziale e retribuzione, anche perché il ricorso al lavoro libero di persone non facenti parte della comunità familiare assume carattere eccezionale.

Al lavoro alle dipendenze altrui, poi, pure per l'uomo libero, consegue una sorta di assoggettamento personale (*locare se*): il soggetto viene assimilato alle cose materiali (*res, corpus*), come fa intuire l'espressione *servum locare*.

In quest'ottica, la prima forma di lavoro contemplata dall'ordinamento fu quella dello schiavo, concepito come oggetto di un contratto di locazione, negozio in base al quale sul *locator* grava l'obbligo di tenere per un determinato periodo di tempo a disposizione materiale del *conductor* un certo bene (nel caso in esame, il servo), mentre il *conductor* deve restituire il bene medesimo al *locator* dopo averlo utilizzato, nell'interesse proprio o in quello del *locator* stesso, nei modi e nei tempi stabiliti.

La parte che trae vantaggio economico dal contratto deve corrispondere all'altra una retribuzione in denaro (*merces*) e la tutela delle rispettive posizioni è affidata all'*actio locati*, per il *locator*, e all'*actio conducti*, per il *conductor*.

Il conduttore acquista il lavoro (frutto del lavoratore locato), analogamente a quanto avviene (nell'usufrutto o) nella locazione di un fondo, in cui (l'usufruttuario o) il conduttore del terreno fa propri i frutti di questo, come testimoniano alcuni passi in tema di *operae servorum* (D. 7, 7, 3: *In hominis usu fructu operae sunt et ob operas mercedes*; D. 7, 7, 4: *Fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt*) (2).

La costrizione derivante dalla prestazione lavorativa viene av-

(1) In questi termini, G. MUSOLINO, *L'opera intellettuale*, Padova, 1995, p. 4.

In materia, si veda anche G. GIACOBBE, voce *Lavoro autonomo*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 418.

(2) Fino all'epoca classica compresa, oggetto della locazione appare essere solo una cosa materiale (D. 18, 1, 20: *nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non datur*; *in rem locatio non potest fieri nisi in re, ubi insulam aedificares, ... a me sustinet*).

ART. 2231

MANCANZA D'ISCRIZIONE

Quando l'esercizio di un'attività professionale è condizionato all'iscrizione in un albo o elenco, la prestazione eseguita da chi non è iscritto non gli dà azione per il pagamento della retribuzione.

La cancellazione dall'albo o elenco risolve il contratto in corso, salvo il diritto del prestatore d'opera al rimborso delle spese incontrate e a un compenso adeguato all'utilità del lavoro compiuto.

SEZIONE I

NATURA E AMBITO DI
APPLICAZIONE DELLA NORMA

SOMMARIO: 1. La nullità del contratto d'opera professionale per mancanza originaria di iscrizione all'albo. — 2. Natura e *ratio* dell'invalidità *ex art.* 2251 c.c. — 3. I requisiti soggettivi dell'illecito *ex art.* 2251 c.c. e l'onere della prova. — 4. La prestazione del professionista in ambiti riservati diversi da quelli per i quali è abilitato. — 5. *Segue.* Ambito di competenza dell'ingegnere e del geometra e attività di progettazione. — 6. *Segue.* L'ambito di competenza dell'ingegnere e del geologo. — 7. *Segue.* L'ambito di competenza del medico odontoiatra e dell'odontotecnico. — 8. I limiti all'applicazione alle professioni liberali della nullità *ex art.* 2251, comma 1, c.c. e l'interpretazione restrittiva della norma. — 9. *Segue.* Attività professionali riservate e attività professionali libere. — 10. *Segue.* L'attività del consulente del lavoro. — 11. *Segue.* L'attività di consulenza. — 12. *Segue.* Classificazione delle professioni protette in base alla libertà del loro esercizio. — 13. *Segue.* La prestazione di lavoro professionale subordinato e parasubordinato. — 14. Altre cause di nullità del contratto d'opera intellettuale. — 15. La sopravvenuta cancellazione del professionista dall'albo.

1. La nullità del contratto d'opera professionale per mancanza originaria di iscrizione all'albo.

La prestazione professionale effettuata senza che il professio-

nista sia iscritto al relativo albo o elenco ricade sotto la previsione dell'art. 2231, comma 1, c.c. (1).

L'esercizio di determinate libere professioni richiede, in base all'art. 2229 c.c. e a quanto disposto dalle leggi speciali professionali, l'iscrizione nei rispettivi albi, tenuti dall'ordine o dal collegio competente.

L'art. 2231, comma 1, c.c. stabilisce, a sua volta, che, in mancanza dell'iscrizione all'albo menzionata, quando a essa sia condizionato l'esercizio di un'attività professionale, la prestazione eseguita non dà azione per il pagamento della retribuzione.

Il legislatore, utilizzando questi termini, come si è visto in precedenza, rieccheggia l'impostazione romanistica della questione, vuoi per l'attenzione al profilo processuale — tipico dell'esperienza giuridica romana —, vuoi perché il riferimento in termini di azione può essere funzionale anche a una prestazione non derivante da contratto.

In tal modo, comunque, viene implicitamente disposto che l'iscrizione all'albo, ove sia richiesta, costituisce un elemento essenziale dei contratti di lavoro intellettuale, senza di essa la prestazione del professionista, non essendo collegata con la controprestazione (il compenso) da un valido vincolo negoziale, non fa sorgere in lui alcun diritto.

Poiché la norma di cui all'art. 2231, comma 1, c.c. riveste carattere imperativo, ed è dunque inderogabile, essa trova applicazione pure nell'ambito degli arbitrati. Gli arbitri, infatti, pur giudicando secondo equità e non in base allo stretto diritto, devono osservare le regole di ordine pubblico, poste a tutela di interessi generali non disponibili (2).

Ancora, si è ritenuto che, in base all'art. 25, comma 1, disp. legge in generale (abrogato dall'art. 73, l. 31 maggio 1995, n. 218, a decorrere dal 1° settembre 1995, e sostituito dagli artt. 57-63, l. n. 218 del 1995 medesima), le obbligazioni sorgenti da prestazione

(1) La materia della nullità contrattuale *ex art. 2231 c.c.* è stata rivisitata da S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 38; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 175 ss., con riguardo alla specifica questione della nullità dei contratti stipulati da società di *engineering* aventi per oggetto prestazioni riservate ai professionisti iscritti ad albi.

(2) A questa tesi si aderisce nel prossimo Cass. (Sez. I) 1994, n. 4330, in *Sett. giur.*, 1994, II, n. 7.

ART. 2232

ESECUZIONE DELL'OPERA

Il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto. Può tuttavia valersi, sotto la propria direzione e responsabilità, di sostituti e ausiliari, se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione.

SEZIONE I

L'ESERCIZIO PERSONALE
DELLA PROFESSIONE

SOMMARIO: 1. La discrezionalità del professionista nell'esecuzione dell'opera e il potere del cliente di dare istruzioni. — 2. La responsabilità per le istruzioni del cliente. — 3. La rilevanza dell'*intuitus personae*. — 4. L'ammissibilità di sostituti e ausiliari del professionista: gli usi e la compatibilità con l'oggetto negoziale. — 5. La direzione dei sostituti e degli ausiliari da parte del professionista. — 6. La responsabilità del professionista per l'atto dei sostituti e degli ausiliari. — 7. Le norme speciali circa i sostituti: la legge forense. — 8. *Segue*. La legge notarile: il coadiutore del notaio. — 9. *Segue*. La responsabilità del notaio coadiuvato.

1. La discrezionalità del professionista nell'esecuzione dell'opera e il potere del cliente di dare istruzioni.

Si è detto, con riguardo all'oggetto del contratto in esame, che le modalità di esecuzione non vengono normalmente specificate e dettagliate, essendo sufficiente che siano individuate le caratteristiche essenziali.

Aspetto peculiare del contratto d'opera intellettuale è, infatti, la presenza di un'ampia, particolare discrezionalità in capo al debitore (il professionista) riguardo ai tempi, alle modalità e ai mezzi da utilizzarsi per lo svolgimento della prestazione oggetto del negozio.

Ciò nonostante è consentito al cliente di dare istruzioni, purché non contrastanti con le norme di legge o con quelle deontologiche (1).

Per quanto riguarda il caso di un possibile ordine contrario a statuizioni del legislatore, si può fare l'esempio del cliente che domandi al medico l'esecuzione di atti di disposizione del proprio corpo, vietati dall'art. 5 c.c., oppure del committente che chieda all'architetto di progettare e dirigere i lavori di un immobile non conforme alle disposizioni sulle distanze nelle costruzioni (art. 873 c.c.) o a quelle sulle luci (art. 901 c.c.).

Le istruzioni che il cliente detta al professionista devono sempre essere vagliate attentamente da quest'ultimo. Infatti, anche se tali ordini o indicazioni non appaiono divergere rispetto alle disposizioni legislative, possono essere, comunque, non corretti dal punto di vista tecnico.

L'esecuzione della prestazione avviene, del resto, in base alle regole dell'arte (e alle condizioni pattuite), secondo l'art. 2224 c.c., che risulta — come si è visto in precedenza — applicabile *in parte qua* per il rinvio *ex art.* 2230 c.c., in quanto compatibile con la disciplina del contratto d'opera intellettuale.

L'art. 2224 c.c. menzionato non pone un'alternativa fra regole tecniche e condizioni contrattuali, essendo i due criteri concomitanti: le condizioni liberamente pattuite, eventualmente contenenti anche istruzioni o modalità di esecuzione delle prestazioni, non possono essere in contrasto con le regole dell'arte, le quali sono preesistenti alla costituzione del rapporto (2).

Il potere di fornire istruzioni e, in generale, l'ingerenza del

(1) In generale, circa il rapporto fra il potere del committente di indirizzare l'operato del professionista e l'ambito di autonomia del lavoratore nel contratto d'opera, G. GIACOBBE-D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 15 e 111.

E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 248, osserva con riferimento alla *locatio operis* (che in ciò differisce dalla *locatio operarum*) che il risultato è rimesso all'autonomia inventiva, alla perizia e all'apprezzamento tecnico dell'assuntore dell'*opus*.

Per la giurisprudenza, cfr. Cass., 13 marzo 1990, n. 2042, in *Mass. Foro it.*, 1990, c. 283; App. Milano, 27 marzo 1981, in *Resp. civ. e prev.*, 1981, p. 432, secondo cui le istruzioni del cliente possono assumere rilevanza sempre che non vengano dal professionista riconosciute controproducenti, non rispondenti alla realtà oggettiva, inadeguate per il raggiungimento del risultato sperato, contrarie alle regole dell'arte e ai principi etici.

(2) In materia, cfr. G. GIACOBBE-D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo intellettuale nelle leggi e nella giurisprudenza*, cit., p. 111.

ART. 2233

COMPENSO

Il compenso, se non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe o gli usi, è determinato dal giudice, sentito il parere dell'associazione professionale a cui il professionista appartiene.

In ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione.

Sono nulli, se non redatti in forma scritta, i patti conclusi tra gli avvocati ed i praticanti abilitati con i loro clienti che stabiliscono i compensi professionali.

SEZIONE I
ASPETTI GENERALI

SOMMARIO: 1. Peculiarità del compenso professionale. — 2. Tutela costituzionale del lavoro e compenso per l'opera professionale. — 3. Determinatezza e determinabilità del compenso professionale. — 4. Il diritto del professionista al compenso e la prova della prestazione. — 5. Il procedimento semplificato per la liquidazione del compenso professionale. — 6. La prescrizione del diritto al compenso. — 7. La norma sulla tracciabilità del compenso professionale e la sua abrogazione. — 8. L'apposizione di una condizione per il compenso. — 9. Il compenso professionale e l'azione di arricchimento indebito. — 10. L'esercizio gratuito della prestazione professionale.

1. Peculiarità del compenso professionale.

Se la tradizione romanistica assegna alle opere liberali la caratteristica della gratuità, il codice civile, inquadrando l'attività professionale nell'ambito del lavoro autonomo, prevede per essa esplicitamente un compenso.

La presunzione di onerosità costituisce un principio regolatore della prestazione in esame in un suo aspetto essenziale e discende dall'interesse a ottenere una retribuzione, che anche il libero professionista, in quanto facente parte del mondo del lavoro, possiede (1).

(1) Nel senso del testo, F. SANTORO PASSARELLI, voce *Professioni intellettuali*, cit., p. 26; L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo*, cit., p. 225; J. SAVATIER, *La*

La realizzazione di guadagni adeguatamente remunerativi e una

profession libérale, cit., p. 229, osserva che la concezione per cui l'onorario deriva dallo spirito di riconoscenza del cliente, comune al diritto romano e alle dottrine moderne sviluppatesi nell'area di influenza del *code Napoléon*, "ne correspond plus aux moeurs de notre époque et n'est pas celle de notre droit. On peut faire de nombreux reproches. Le premier concerne son injustice: tout travail mérite salaire et l'on est choqué de mettre à cet égard les membres des professions libérales en situation inférieure, en laissant leur rémunération au bon plaisir du client au lieu de leur reconnaître un droit sur leur salaire. Ensuite la conception de l'honoraire, manifestation de reconnaissance, n'est pas sans hypocrisie.

Chacun sait que les membres des professions libérales cherchent à tirer profit d'une activité qui doit au moins leur permettre de vivre. Ils fixent à cet effet les honoraires que devront verser les clients. Dans l'esprit des deux parties il y a corrélation entre le travail fourni et l'honoraire à percevoir et ce n'est que par une fiction sans aucune utilité qu'on tente de présenter l'honoraire comme librement versé par le client dans un mouvement de reconnaissance".

In giurisprudenza, Cass., 23 novembre 2016, n. 23893, in banca dati *De Jure*, secondo cui, nel contratto di prestazione d'opera intellettuale, come nelle altre ipotesi di lavoro autonomo, l'onerosità è elemento normale, anche se non essenziale, sicché, per esigere il pagamento, il professionista deve provare il conferimento dell'incarico e l'adempimento dello stesso, e non anche la pattuizione di un corrispettivo, mentre è onere del committente dimostrare l'eventuale accordo sulla gratuità della prestazione; Cass., 7 settembre 1999, n. 9485, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Professioni intellettuali*, n. 99, giunge a ritenere che l'attività svolta a titolo meramente gratuito da parte dello psicoterapeuta, che chiedi al competente consiglio dell'ordine l'abilitazione all'esercizio della professione, non è qualificabile come "professionale" ai sensi dell'art. 35, l. n. 56 del 1989, ed è conseguentemente legittimo il rigetto della domanda *de qua* da parte del consiglio stesso; Cass., 27 ottobre 1994, n. 8878, *ivi*, 1994, voce *Procedimento civile davanti al pretore*, n. 12, secondo cui la presunzione di gratuità di una prestazione professionale (sia pure sul presupposto di una sua mancata utilizzazione da parte del committente) viola la norma che stabilisce l'onerosità del contratto d'opera liberale, espressione di un principio generale della materia, in base al quale il compenso costituisce elemento essenziale del contratto *ex art. 2230 c.c.*, che è di per sé sinallagmatico, salvo il caso di rinuncia preventiva al compenso, allorché le parti abbiano voluto un negozio a titolo gratuito, che deve essere, pertanto, provato e non presunto; e già Cass., 2 settembre 1952, n. 2814, in *Mass. Foro it.*, 1952, c. 661.

Cass., 31 maggio 2008, n. 14640, in *Mass. Foro it.*, 2008, c. 989, con riguardo a un commercialista, componente del collegio sindacale in una società cooperativa, giudica tale incarico necessariamente oneroso, poiché non riflette solo interessi corporativi, ma concorre a tutelare, a garanzia dei terzi e del mercato, la serietà, l'indipendenza e l'obiettività della funzione.

Devono, comunque, segnalarsi Cass., 6 febbraio 2014, n. 2769, in banca dati *De Jure*, secondo cui, in applicazione dell'art. 2230 *ss. c.c.*, sul contratto d'opera intellettuale, la prestazione di natura intellettuale, di prestazione gratuita, né

Termine estratto capitolo

ART. 2234

SPESE E ACCONTI

Il cliente, salvo diversa pattuizione, deve anticipare al prestatore d'opera le spese occorrenti al compimento dell'opera e corrispondere, secondo gli usi, gli acconti sul compenso.

SOMMARIO: 1. L'anticipo di acconti e di spese e gli obblighi di cooperazione. — 2. L'anticipo di acconti e di spese e il principio della postnumerazione. — 3. Anticipo di acconti e di spese e principio *inadimplenti non est adimplendum*. — 4. La disciplina delle leggi speciali. — 5. *Segue*. La norma speciale per il notaio. — 6. *Segue*. La norma speciale per l'ingegnere e l'architetto. — 7. *Segue*. La norma speciale per il geometra. — 8. *Segue*. La norma speciale per l'avvocato. — 9. L'applicazione della norma agli arbitri. — 10. La prova del pagamento dell'anticipo.

1. L'anticipo di acconti e di spese e gli obblighi di cooperazione.

In base all'art. 2234 c.c., sul cliente grava l'obbligazione di anticipare al professionista le spese occorrenti per il compimento dell'opera, nonché di corrispondere, nei modi e nelle quantità stabilite dagli usi, acconti sul compenso.

Dalla disposizione in esame può ricavarsi che, mentre in capo al cliente sorge *ex lege* l'obbligazione di anticipare le spese necessarie, per ciò che riguarda la corresponsione di acconti, se non vi sono usi che la prevedano, appare necessaria una pattuizione negoziale (1).

(1) In proposito, si veda C. ASSANTI, *Le professioni intellettuali e il contratto d'opera*, cit., p. 1492.

Per la giurisprudenza, cfr.: Cass., 16 febbraio 1965, n. 241, in *Mass. Giur. it.*, 1965, c. 63; Trib. Como, 29 novembre 1994, in *Foro pad.*, 1995, I, c. 254.

Si tratta di un *naturale negotii*, come appare dalla stessa norma, che, facendo espressamente salva una diversa regolazione, rende evidente la sua derogabilità ad opera delle parti.

Anche in questa particolare statuizione, come già nell'art. 2233 c.c., recante la norma generale circa il compenso professionale, il legislatore richiama, legittimandole, le consuetudini.

Secondo un orientamento, queste ultime, nella fattispecie *de qua*, costituirebbero manifestazione specificante dell'obbligo generale di collaborazione in capo al cliente, al fine di mettere il professionista in grado di cominciare e proseguire l'opera assunta, tanto che la mancata collaborazione potrebbe determinare una presunzione di rinuncia alla prestazione, venendo poi a concretarsi in una forma di recesso unilaterale per iniziativa del cliente (2).

A questo riguardo, per quanto attiene la natura degli atti di cooperazione dovuti dal cliente, si è discusso se essi appartengano effettivamente alla categoria delle obbligazioni, poiché si dubita della presenza di un vero e proprio obbligo di carattere giuridico in capo al creditore per la prestazione della cooperazione richiesta ai fini dell'adempimento del debitore.

In particolare, si è affermato che il dovere del creditore di cooperare, se necessario in relazione alla natura della prestazione, all'adempimento non costituisce un'obbligazione del creditore stesso, ma si configura come un mero dovere strumentale rispetto all'adempimento, senza che, per esonerarsi dalle conseguenze della violazione del suddetto dovere, il creditore possa invocare l'impossibilità sopravvenuta per causa a lui non imputabile a norma dell'art. 1218 c.c.; l'eventuale dimostrazione da parte del debitore che il mancato raggiungimento del risultato previsto non è a lui imputabile, bensì ascrivibile al cliente committente, assume rilievo nell'ipotesi di mora del creditore.

In ogni caso, con riguardo a un altro contratto di locazione d'opera (l'appalto), si è giunti alla conclusione che gli atti di cooperazione rappresentano presupposti necessari affinché il debitore abbia la possibilità di adempiere la prestazione dedotta in

(2) Sul punto, si veda L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo*, cit., p. 237; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 696.

In generale, sulla questione se nel comportamento del creditore che non presti cooperazione si possano riscontrare gli estremi di un'implicita manifestazione di volontà di recesso, si veda G. FERRARINI, *Il contratto di appalto e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1975, p. 100.

ART. 2235

DIVIETO DI RITENZIONE

Il prestatore d'opera non può ritenere le cose e i documenti ricevuti, se non per il periodo strettamente necessario alla tutela dei propri diritti secondo le leggi professionali.

SOMMARIO: 1. Il divieto di ritenzione nella prestazione d'opera intellettuale. — 2. Diritto di ritenzione e compenso professionale. — 3. Il divieto di ritenzione nella professione di avvocato. — 4. Il divieto di ritenzione nella professione di commercialista. — 5. Il divieto di ritenzione nella professione medica. — 6. Il diritto di ritenzione nella professione del notaio.

1. Il divieto di ritenzione nella prestazione d'opera intellettuale.

In diversi casi, i rapporti di prestazione d'opera liberale comportano la necessità che il cliente consegni e depositi documenti o cose proprie presso il professionista.

Regolando questa fattispecie, l'art. 2235 c.c. prevede che il professionista intellettuale non goda di alcuna facoltà di ritenere le cose e i documenti ricevuti dal cliente in relazione alle incombenze dell'incarico, se non per il periodo strettamente necessario alla tutela dei propri diritti, in base a ciò che stabiliscono le leggi professionali (1).

(1) Sul divieto di ritenzione, si vedano: A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, Napoli, 2011, p. 137 ss.; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 102 s., secondo il quale solamente nelle ipotesi previste dalle diverse leggi professionali può essere eventualmente lecita la ritenzione, quale mezzo di pressione per indurre il cliente a pagare; F. DI CERBO, *Le professioni intellettuali nella*

Tale disposizione è fondata sull'esigenza, avvertita dal legislatore, di evitare al cliente la possibilità di subire abusi e scorrettezze da parte del prestatore d'opera intellettuale, soprattutto nel periodo seguente alla conclusione della propria prestazione contrattuale.

La giurisprudenza rileva, infatti, che la norma in esame, ponendo una regola e un'eccezione quanto al diritto di ritenzione dei documenti, non può avere riguardo che al periodo successivo all'esaurimento della prestazione dovuta al cliente, e, più precisamente, al periodo in cui si deve procedere alla liquidazione degli onorari al professionista (cfr. art. 66, r.d.l. n. 1578 del 1933, sull'ordinamento della professione legale).

In altri termini, come stiamo per vedere, la statuizione ha come fine precipuo la limitazione di quella manifestazione di autotutela del diritto al pagamento del compenso, che potrebbe derivare dalla ritenzione dei documenti.

Il divieto di ritenzione di documenti, previsto dalla legge, non può, comunque, avere riferimento se non al rapporto fra i contraenti, cioè fra il cliente che ha conferito l'incarico di prestazione d'opera liberale e il professionista (2).

In base alla norma in esame, una responsabilità a carico del prestatore d'opera intellettuale può sorgere nella fattispecie in cui ometta o compia ritardi nella restituzione della documentazione

giurisprudenza, cit., p. 294, fa rientrare la limitata possibilità di ritenzione in una serie di comportamenti doverosi per il prestatore d'opera, facenti capo al dovere generale di correttezza e buona fede; D.L. GARDANI, voce *Ritenzione (diritto di)*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, vol. XVIII, Torino, 1998, p. 65; A. RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, 1999, p. 148.

Secondo F. SANTORO PASSARELLI, voce *Professioni intellettuali*, cit., p. 25, la norma di cui all'art. 2235 c.c. costituisce una disposizione eccezionale (poiché il diritto di ritenzione rappresenta uno strumento di autotutela), e, come tale, deve essere interpretata restrittivamente. La norma *de qua*, in quanto regola generale valida per tutte le professioni, si limita a specificare un aspetto dell'obbligo di correttezza a cui i professionisti intellettuali sono tenuti.

Sul punto, anche L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo*, cit., p. 239, secondo cui più che una posizione passiva del professionista, l'art. 2235 c.c. individuerrebbe un diritto di ritenzione a suo favore, anche se limitato temporalmente; C. LEGA, *La libera professione*, 2ª ed., Milano, 1952, p. 273.

Secondo Cass., 20 agosto 1993, n. 8799, in *Vita not.*, 1994, I, p. 399, la norma *ex art.* 2235 c.c. è espressione, fra l'altro, della fiduciarità del rapporto fra il cliente e il professionista.

(2) In proposito, cfr. Cass., 16 febbraio 1965, n. 241, in *Giust. civ.*, 1965, I, n. 1421.

Termine estratto capitolo

ART. **2236**

RESPONSABILITÀ DEL
PRESTATORE D'OPERA

Se la prestazione implica la 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.

SEZIONE I

LA RESPONSABILITÀ COMUNE PROFESSIONALE

SOMMARIO: 1. La responsabilità professionale da contratto e da atto illecito. Prime considerazioni. — 2. La disciplina della responsabilità contrattuale professionale comune. — 3. Le gradazioni di diligenza e colpa e l'imputazione della responsabilità professionale. — 4. Il rapporto fra diligenza del buon padre di famiglia e diligenza professionale. — 5. La perizia professionale. — 6. *Segue*. Perizia professionale e colpa precontrattuale. — 7. La prudenza professionale. — 8. La colpa lieve professionale. — 9. L'errore professionale. — 10. La disciplina dell'onere della prova. — 11. L'assicurazione della responsabilità civile professionale. — 12. Le norme speciali sull'assicurazione del notaio. — 13. Le norme speciali sull'assicurazione dell'avvocato. — 14. Le norme speciali sull'assicurazione dell'ingegnere e dell'architetto.

1. La responsabilità professionale da contratto e da atto illecito. Prime considerazioni.

Se precedentemente all'attuale codice la dottrina e la giurisprudenza si dividevano circa la natura della responsabilità professionale, ritenendosi da molti che essa fosse extracontrattuale, nell'ordinamento vigente, caratterizzato dalla presenza di uno specifico contratto, quale quello d'opera intellettuale, in cui inquadrare l'esercizio delle professioni liberali, non appare dubitabile che quella del prestatore d'opera intellettuale è normalmente una responsabilità *ex contractu* (1).

(1) A questo riguardo, fra gli altri, G. MUSOLINO, *L'opera intellettuale*, cit., p. 113 ss.; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 25.

Costituisce, poi, principio consolidato che la responsabilità extracontrattuale concorre con quella derivante da contratto ogni volta che all'inadempimento di una disposizione negoziale si accompagna la violazione dell'obbligo generico del *neminem laedere*, codificato dall'art. 2043 c.c., come può accadere, ad esempio, nell'attività medica (2).

La colpa costituisce il comune denominatore delle diverse fattispecie di responsabilità aquiliana derivanti dall'esecuzione dell'opera professionale, che vengono sanzionate in base all'art. 2043 c.c.: qualunque atto (nel caso che interessa in questa sede, compiuto dal professionista) cagionante ad altri un danno ingiusto produce l'obbligazione di risarcimento in quanto sia doloso o colposo.

Si tratta, dunque, di una regola che, per il carattere generale della sua enunciazione e in quanto significativamente collocata all'inizio della disciplina degli atti illeciti, costituisce principio fon-

Circa la responsabilità professionale antecedentemente al codice civile del 1942, nel senso che si trattasse di una responsabilità di natura extracontrattuale, si vedano, fra gli altri: E. PACIFICI MAZZONI, *Trattato delle locazioni*, in *Il codice civile italiano commentato*, 8^a ed., a cura di Venzi, 1928, p. 468; F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Roma, 1914, p. 232; C.F. GABBA, *Nuove questioni di diritto civile*, vol. I, Torino, 1905, p. 290.

Questa dottrina si conformava a quella francese (per tutti, si rimanda a C. AUBRY-C. RAU, *Cours de droit français*, IV, cit., par. 344 e 371-bis).

(2) In questo senso è pacificamente la giurisprudenza.

Fra le altre, Trib. Cagliari, 19 febbraio 2001, in *Riv. giur. sarda*, 2003, p. 291, con nota di RUBIU, secondo cui, in tema di responsabilità del medico dentista, l'azione di risarcimento del danno da responsabilità contrattuale e quella da responsabilità extracontrattuale, pur restando del tutto distinte (essendo diversi i diritti in relazione ai quali sono accordate e richiedendo indagini su elementi di fatto differenti), possono essere esercitate cumulativamente, rientrando tale esercizio nel potere dispositivo della parte; solo nell'ipotesi in cui la parte interessata abbia optato per una di esse, non è consentito al giudice, in violazione dell'art. 112 c.p.c., sostituirsi a essa nella scelta che questa avrebbe potuto operare e accogliere la domanda per un titolo diverso; Cass., 7 agosto 1982, n. 4437, in *Mass. Giur. it.*, 1982, c. 1123; Cass., 17 marzo 1981, n. 1544, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Responsabilità civile*, n. 44; Cass., 3 novembre 1979, n. 5699, in *Resp. civ. e prev.*, 1980, p. 427; Cass., 17 marzo 1964, n. 614, in *Arch. resp. civ.*, 1965, p. 454; Cass., 22 ottobre 1958, n. 3415, in *Resp. civ. e prev.*, 1959, p. 550; Cass., 15 giugno 1954, n. 2016, in *Giust. civ.*, 1955, I, 1, p. 1698, e *Giur. it.*, 1955, I, 1, c. 276.

In dottrina, v. G. DE ROSA, *Diritto civile*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e

Termine estratto capitolo

ART. 2237

RECESSO

Il cliente può recedere dal contratto, rimborsando al prestatore d'opera le spese sostenute e pagando il compenso per l'opera svolta.

Il prestatore d'opera può recedere dal contratto per giusta causa. In tal caso egli ha diritto al rimborso delle spese fatte e al compenso per l'opera svolta, da determinarsi con riguardo al risultato utile che ne sia derivato al cliente.

Il recesso del prestatore d'opera deve essere esercitato in modo da evitare pregiudizio al cliente.

SEZIONE I

IL RECESSO DEL CLIENTE

SOMMARIO: 1. L'estinzione del rapporto professionale. — 2. Profili generali del recesso del cliente. — 3. Natura del diritto di recesso del cliente. — 4. Aspetti formali del recesso del cliente. — 5. Il recesso del cliente e la previsione nel contratto di un termine finale. — 6. Previsione di un termine per la prestazione professionale e recesso del cliente quale fattispecie di recesso straordinario. — 7. Le conseguenze del recesso del cliente sul compenso del professionista. — 8. Recesso del cliente e risarcimento del danno provocato al professionista. — 9. La disciplina speciale del recesso del cliente nel rapporto con il professionista tecnico. — 10. *Segue*. La *ratio* della disciplina speciale e la questione della sua costituzionalità. — 11. *Segue*. I casi a cui non si applica la disciplina speciale. — 12. La disciplina speciale del recesso del cliente nel rapporto con il consulente del lavoro. — 13. Recesso del cliente e risoluzione del contratto d'opera intellettuale.

1. L'estinzione del rapporto professionale.

Come ogni altro contratto a prestazioni corrispettive anche il contratto d'opera intellettuale si estingue con l'esatto adempimento da parte del debitore (prestazione diligente dell'attività professionale) e del creditore (corresponsione del compenso) delle proprie obbligazioni.

Ulteriori modi di estinzione comuni ai contratti ad esecuzione continuata sono costituiti dall'accordo reciproco e dalla scadenza del termine finale, qualora le parti vi abbiano attribuito in maniera

espressa carattere di essenzialità, prescindendo dalla circostanza che in tale momento l'opera potrebbe essere non compiuta (1).

Una causa, differente dall'adempimento, che pone termine al rapporto d'opera intellettuale, come agli altri contratti, è l'impossibilità sopravvenuta di eseguire la prestazione oggetto del negozio.

L'impossibilità sopravvenuta si atteggia differientemente per la prestazione del professionista e per quella del cliente.

Per il professionista, infatti, la configurabilità dell'effetto estintivo è legata alla natura strettamente personale della prestazione, con la conseguenza che in tutte le fattispecie (dalla morte alla cancellazione dall'albo) in cui il professionista medesimo non possa più, *de facto* o legalmente, adempiere alla prestazione, il rapporto si estingue. Con riguardo al cliente, invece, operano le regole generali, poiché non si può ipotizzare un'impossibilità di adempiere all'obbligo di prestare il compenso.

Si tratta, quindi, della disciplina generale sull'estinzione del rapporto per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.) per fattispecie quali quella del venir meno oggettivamente dell'interesse alla prestazione (ad esempio, nell'ipotesi di improvvisa guarigione dalla malattia per la quale era stato stabilito un intervento operatorio; nella fattispecie di distruzione dell'azienda rispetto alla quale era stata pattuita la prestazione professionale del commercialista; per l'estinzione del reato — come in caso di amnistia o di abrogazione della norma incriminatrice — in relazione al quale era stato chiesto l'intervento dell'avvocato difensore) (2).

Ciò comporterebbe, però, la conseguenza di impedire al professionista di chiedere la controprestazione, consistente nel pagamento del compenso (3).

Ad un tale esito, contraddittorio rispetto alla disciplina com-

(1) Sull'applicazione dei modi di estinzione previsti dalla disciplina generale dei contratti al rapporto di prestazione d'opera intellettuale, si vedano: F. DI CERBO, *Le professioni intellettuali nella giurisprudenza*, cit., p. 323 s.; C. LEGA, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, cit., p. 789; L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo*, cit., p. 243.

Sul mutuo dissenso o mutuo consenso, si vedano: P. SIRENA, *Mutuo consenso (scioglimento del contratto per)*, in *Il diritto-Enc. giur.*, vol. IX, Milano, 2007, p. 750; M. FRANZONI, voce *Mutuo dissenso*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 2004.

(2) Così, G. GIACOBBE, voce *Professioni intellettuali*, cit., p. 1081.

(3) In generale, sulla possibilità di estinzione per impossibilità sopravvenuta del contratto d'opera intellettuale, si veda C. LEGA, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, cit., p. 789.

ART. 2238

RINVIO

Se l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa, si applicano anche le disposizioni del titolo II.

In ogni caso, se l'esercente una professione intellettuale impiega sostituti o ausiliari, si applicano le disposizioni delle sezioni II, III e IV del capo I del titolo II.

SOMMARIO: 1. Le due diverse fattispecie contemplate dalla norma. — 2. Esercizio professionale e attività organizzata in forma di impresa. — 3. Casistica. — 4. L'impiego di sostituti e ausiliari da parte del professionista: le norme applicabili. — 5. La cessione dello studio professionale. — 6. I limiti della clausola riguardante la così detta cessione di clientela. — 7. La disciplina della concorrenza sleale.

1. Le due diverse fattispecie contemplate dalla norma.

L'art. 2238, comma 2, c.c. si occupa di individuare, nell'ipotesi in cui gli usi o le previsioni contrattuali consentano al professionista di avvalersi di sostituti e di ausiliari, la normativa applicabile ai rapporti che sorgono fra questi ultimi e il professionista stesso.

In base alla norma in esame, si ricorre alle disposizioni sui collaboratori, in qualità di prestatori di lavoro subordinato intellettuale o manuale, alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore (*rectius*, considerata la fattispecie in esame, professionista).

Si tratta, dunque, di una norma che completa e dettaglia — dal punto di vista interno della parte debitrice nel contratto d'opera intellettuale — quella sull'esecuzione della prestazione d'opera liberale (art. 2232 c.c.).

In generale, il legislatore distingue nettamente fra impresa (l'art. 2082 c.c. definisce imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi; tale attività non può essere

evidentemente oggetto di lavoro subordinato) e lavoro autonomo, in cui rientra l'opera intellettuale (l'art. 2222 c.c. individua il lavoratore autonomo nella persona che si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio con lavoro prevalentemente proprio; si tratta di un'attività che può essere oggetto anche di lavoro subordinato) (1). A questo proposito, come stiamo per vedere, significativamente viene escluso dal richiamo *ex art. 2238*, comma 2, c.c. la sezione I (dedicata all'imprenditore), del capo I, titolo I, libro V.

Anche da ultimo la distinzione netta fra professionista intellettuale e imprenditore viene confermata dal legislatore con la l. 22 maggio 2017, n. 81, le cui disposizioni — come precisa l'art. 1, comma 1 — si applicano ai rapporti di lavoro autonomo di cui al titolo III del libro quinto c.c., ivi inclusi i rapporti di lavoro autonomo che hanno una disciplina particolare ai sensi dell'art. 2222 c.c.; mentre rimangono esclusi gli imprenditori, ivi compresi i piccoli imprenditori di cui all'art. 2083 c.c.

Riteniamo in questa sede utile riportare le condivisibili considerazioni che, nel definire attività economica quella volta alla creazione di nuova ricchezza, attraverso nuovi beni o l'aumento del valore di quelli esistenti, afferma che si deve avere presente “che l'esercizio della professione intellettuale, per quanto da un punto di vista pratico ed economico, dia luogo alla prestazione di servizi, tuttavia non costituisce mai impresa” (2).

L'esclusione per il professionista dall'applicazione delle norme sull'imprenditore (art. 2238, comma 1, c.c.) significa “che dal punto di vista giuridico la prestazione dell' esercente una professione intellettuale non è un servizio, e ciò perché attività squisitamente intellettuale.

(1) Sul punto, si veda L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo*, cit., p. 247; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 528.

La relazione al codice civile precisa che il legislatore fissa il principio per cui l'esercizio di una professione non costituisce di per sé esercizio di un'impresa, neppure quando l'espletamento dell'attività professionale richieda l'impiego di mezzi materiali e dell'opera di qualche ausiliario (n. 917).

La distinzione netta fra libero professionista e imprenditore è chiara anche con riferimento al codice previgente, che non prevedeva il contratto d'opera intellettuale: in proposito, cfr., ad esempio, Cass., 20 gennaio 1938, n. 189, in *Riv. dir. comm.*, 1938, II, p. 371, secondo cui lo studio di un avvocato, per la finalità della professione e per la dignità che deve accompagnarla, non è parificabile (e non è mai stato parificato) all'azienda.

(2) In questi termini di merito, F. FERRARINI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1984.