

LA RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA  
INTELLETTUALE PER LE PRESTAZIONI ESEGUITE A TITOLO  
GRATUITO E A TITOLO AMICHEVOLE

*THE LIABILITY OF THE PROFESSIONAL FOR PERFORMANCES  
MADE FREE OF CHARGE OR FOR FRIENDLY REASONS*

*Actualidad Juridica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 452-475*



Valeria  
CAPUTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

**RESUMEN:** Tracciare il confine tra i vincoli giuridici e i rapporti giuridicamente irrilevanti è un compito che spesso risulta assai arduo. La progressiva giuridificazione dei rapporti e la prospettiva rimediale, a cui è informato il nostro ordinamento, inducono il diritto a reagire dinanzi ai gravi danni cagionati da prestazioni eseguite senza “animus obligandi”. Muovendo dal progetto preliminare del Codice europeo dei Contratti, il presente saggio si emancipa dalle categorie tradizionali della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Offre una soluzione alternativa all’inquadramento della responsabilità dei professionisti intellettuali per le prestazioni rese a titolo gratuito e a titolo amichevole.

**PALABRAS CLAVE:** Contratto d'opera intellettuale, professionista intellettuale, atti a titolo gratuito, atti a titolo amichevole, rapporti di cortesia, responsabilità civile, responsabilità contrattuale, equa riparazione.

**ABSTRACT:** *Drawing the line between legally relevant and irrelevant relationships is hard. The progressive juridification of society together with a longstanding remedial perspective in our legal system has led the law to react to serious damage caused by performances carried out without any “animus obligandi”. By analysing the preliminary project of the European Code of Contracts, the present paper moves away from the traditional categories of contractual and civil liability. It offers an alternative solution in reference to the liability of professionals who act free of charge or due to friendly reasons.*

**KEY WORDS:** *Contract of intellectual services, intellectual professional, acts free of charge, friendly acts, acts of courtesies, civil liability, contractual liability, equitable compensation.*

**SUMARIO.- I. CENNI INTRODUTTIVI.- II. COMPENSO E RESPONSABILITÀ PER LE PRESTAZIONI RESE A TITOLO GRATUITO.- III. IMPEGNI PROFESSIONALI ASSUNTI A TITOLO AMICHEVOLE: INQUADRAMENTO E RESPONSABILITÀ.- IV. IL PROGETTO PRELIMINARE DEL CODICE EUROPEO DEI CONTRATTI: IL GIURISTA TRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE.**

---

## I. CENNI INTRODUTTIVI

Nella tradizione occidentale si è assistito ad una progressiva giuridificazione dei rapporti<sup>1</sup>. In alcuni ambiti, come quello delle obbligazioni naturali, tale processo è avvenuto in modo parziale. In altri, la giuridificazione è stata portata a compimento. Si pensi, ad esempio, alla mediazione che originariamente era considerata un mero rapporto di cortesia.

L'immanenza di questo fenomeno induce a studiare la sua estrinsecazione in un particolare contesto: quello in cui si muove il professionista intellettuale nel caso in cui stipuli un contratto d'opera intellettuale a titolo gratuito oppure laddove assuma l'incarico a titolo amichevole.

La scelta di delimitare il campo di indagine a queste situazioni, ancorché poco esplorate dogmaticamente, trae origine dalla osservazione della società odierna e delle tipologie di rapporti che la caratterizzano. L'epoca pandemica e post-pandemica ha contribuito a mutare il volto delle interazioni professionali: il compenso<sup>2</sup> inteso quale somma di denaro versata a fronte della prestazione diviene l'eccezione che conferma la regola, gli interessi in gioco delle parti si fondono e talvolta risulta difficile persino tratteggiare il confine tra professionista e cliente.

In un momento storico di sconvolgimenti, il giurista è chiamato a rileggere le categorie tradizionali, compito che si palesa più semplice quando si tratta di colorare

---

1 GALLO, P.: *Il contratto*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 38

2 MUSOLINO, G.: "Il compenso professionale: decoro, qualità della prestazione e dignità del lavoro", *Rivista del notariato*, 2015, núm. 3, p. 578 osserva che: "Per indicare la prestazione del cliente, l'art. 2233 c.c. non adopera il termine di "retribuzione" (usato dall'art. 2099 c.c. per il lavoratore subordinato) o quello di "corrispettivo" (presente nell'art. 2225 c.c. per il prestatore d'opera manuale): tali termini corrispondono entrambi alla classica mercede) "locatio operarum" e della "locatio operis", e indicano chiaramente una determinazione di quanto dovuto dal committente in base a meri criteri economici di utilità, comuni ai contratti di scambio, in genere vincolati alle leggi della domanda e dell'offerta."

### • Valeria Caputo

Doctoranda en derecho del consumo de la Universidad de Perugia y Universidad de Salamanca  
valeriacaputo9@gmail.com

di contenuto concezioni giuridiche presupposte<sup>3</sup> quali quella di “professionista intellettuale”, a cui, del resto, il legislatore ha attribuito una pluralità di significati<sup>4</sup>.

Tuttavia, la proliferazione di nuove realtà lavorative, dovuta alle rapide trasformazioni socio-economiche e alla forte internalizzazione<sup>5</sup>, rende difficoltosa l'opera di individuazione di una definizione univoca.

A creare maggiore scompiglio concorre, inoltre, la distinzione tra professioni cosiddette protette e professioni non protette<sup>6</sup>. A norma dell'art. 2229 c.c.: “La legge determina le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi od elenchi”<sup>7</sup>. L'ordinamento giuridico predispone una tipica organizzazione pubblicistica per alcune professioni; l'atto di iscrizione in albi o elenchi<sup>8</sup> ha natura costitutiva di una situazione giuridica in capo al professionista intellettuale e, di conseguenza, la titolarità di diritti e doveri riferiti all'esercizio della professione nasce con l'esistenza di questo specifico “status”.

Dal dettato normativo si deduce che, oltre alle professioni tipizzate e regolamentate, possono esistere professioni intellettuali esercitabili liberamente – professioni non protette - a cui si applicano le disposizioni codicistiche per quanto compatibili. Esse si differenziano dalle prime in quanto non sono assoggettate ad un sistema di controlli, posto a tutela dell'affidamento della collettività, che viene applicato alle sole professioni protette<sup>9</sup>.

---

3 Le concezioni inerenti alla natura e ai compiti delle professioni intellettuali devono essere ricostruite dall'interprete, avendo a riferimento il dato sociale e avvalendosi dell'ausilio degli studi storico-sociali. RABITTI, M.: “Il contratto d'opera intellettuale”, in AA.VV.: *Trattato dei contratti* (coord. per RESCIGNO, P. y GABRIELLI, E.), Giappichelli, Torino, 2011, p. 765.

4 Talvolta il termine “professioni” è impiegato per indicare genericamente l'attività abituale o la concezione sociale di un soggetto, quale elemento di identificazione della persona fisica. Si veda CATTANEO, G.: *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 4. In altre occasioni, “ex” art. 2082 c.c., il codice si riferisce alla professionalità per designare la continuità o la stabilità di un'attività che, conseguentemente, assume una certa qualificazione, in contrapposizione alla mera occasionalità. In un senso alquanto differente va intesa, invece, la natura “professionale” dell'attività, così come richiamata dall'art. 1176, comma 2, c.c., la quale è una caratteristica propria della singola prestazione, oggetto di obbligazione.

5 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 2020, II volume, *Fonti e interpretazione*, p. 278.

6 L'identificazione della categoria delle professioni c.d. non protette è da attribuire alla Corte Costituzionale, la quale, chiamata a decidere in ordine a una questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, legge 22 novembre 1939, n. 1815, in tema di studi di assistenza e consulenza professionali, ha definito la norma dell'art. 2229 c.c. come dato positivo sul quale si fonda la distinzione tra professioni protette e professioni non protette. Cfr. Corte Cost., 22 gennaio 1976, n. 17, *Giurisprudenza commentata*, 1976, II, p. 143, con nota di SANTONASTASO, F.: *Società tra professionisti e società di progettazione industriale*.

7 La necessaria iscrizione in albi o elenchi per coloro i quali esercitano professioni c.d. protette è sancita anche dall'art. 1 del d.P.R. 7.8.2012, n. 137, a norma del quale l'esercizio delle attività riservate per espressa disposizione di legge “è consentito solo a seguito d'iscrizione in ordini o collegi subordinatamente al possesso di qualifiche professionali o all'accertamento delle specifiche professionalità”

8 MUSOLINO, G.: *Contratto d'opera professionale*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 51, osserva che le principali funzioni attribuite agli albi o elenchi sono di dare certezza alla pubblica fede, garantendo idonea pubblicità ai professionisti abilitati all'esercizio delle attività protette, e di consentire il controllo e la vigilanza sui singoli professionisti iscritti da parte degli Ordini e delle pubbliche autorità.

9 Corte Cass., 25 febbraio 1993, n. 3441, *Giurisprudenza commentata*, 1994, vol. II, p. 191, con nota di BORTESI, C.: “L'esercizio delle professioni intellettuali “protette” in forma associata e in forma societaria: gli artt. 1e

Nell'immaginario collettivo queste ultime potrebbero apparire quale prodotto finito, appartenente alla tradizione e alla cultura di ogni sistema organizzato, insuscettibile di ampliamento. In realtà, il progresso della società abbraccia anche questa tipologia di professioni intellettuali. Basti pensare che la legge n. 3 del 2018 ha prescritto l'obbligatorietà dell'iscrizione all'albo per l'esercizio di ben 17 professioni sanitarie tecniche, della riabilitazione e della prevenzione<sup>10</sup>.

Anche se è lapalissiano, occorre dare atto, altresì, della profonda poliedricità delle professioni non protette. Tra queste spicca nell'attuale modo digitalizzato la figura dell'architetto dell'informazione, professionista che progetta le informazioni di un sito. Decidendo la disposizione delle informazioni, costruisce relazioni che generano senso, contesto e conoscenza; sul lato "business" media tra le esigenze del pubblico, del cliente e dei committenti.

Parimenti significativa al giorno d'oggi è la professione del "social media manager", dipendente delle aziende incaricato di gestire il "marketing" e la pubblicità sui canali "social"<sup>11</sup>.

Oltre alla già menzionata complessità, a dissuadere l'interprete dal tentativo di definire la categoria dei professionisti intellettuali contribuisce il dettato normativo, sia domestico<sup>12</sup> che comunitario.

Da una parte, il codice civile offre un'immagine semplificata e per certi versi approssimativa della categoria, l'elemento qualificante dell'intellettualità diviene una specificazione di professionalità ma non ne consente la completa identificazione.

Dall'altra, i recenti interventi legislativi e gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria hanno acceso il dibattito circa la collocazione delle prestazioni d'opera intellettuale nel vasto contesto dei servizi. Ciò è dovuto, in particolare, alla circostanza per cui, nelle fonti di diritto comunitario, la nozione di "prestazione intellettuale" è assente e viene generalmente sostituita dal concetto di "servizio professionale", di portata più ampia<sup>13</sup>.

---

2 della l. 23 novembre 1939, n. 1815 e l'art. 2232 c.c."

- 10 Tecnico sanitario di laboratorio biomedico, tecnico audiometrista, tecnico audioprotesista, tecnico ortopedico, dietista, tecnico di neurofisiopatologia, tecnico di fisiopatologia circolatoria e perfusione cardiovascolare, igienista dentale, fisioterapista, podologo, ortottista e assistente di oftalmologia, terapeuta della neuro e psicomotricità dell'età evolutiva, tecnico della riabilitazione psichiatrica, terapeuta occupazionale, educatore professionale e tecnico della prevenzione nell'ambiente e nei luoghi di lavoro.
- 11 Il professionista dei "social" ha, quindi, generalmente, un'anima sia creativa che strategica, conosce a fondo le caratteristiche tecniche dei diversi canali, si tiene aggiornato, sa declinare il contenuto in modo differente e sa relazionarsi con l'audience in maniera corretta, con l'obiettivo finale di trasformare i "fan" in clienti e, successivamente, trasformare i clienti in veri "ambassador del brand".
- 12 La presenza nell'ordinamento italiano di una disciplina appositamente dedicata alle professioni intellettuali (art. 2229 - 2238 c.c.) non facilita l'interprete nella ricerca di una definizione unitaria giacché non offre coordinate chiare.
- 13 Secondo l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, «appare sconsigliabile avventurarsi in definizioni legislative dei servizi professionali, che allo stato, infatti, non esistono. Sembra più opportuno

Ai sensi dell'art. 57 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, le professioni intellettuali, definite "libere professioni", sono considerate "servizi", ossia "prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone". Deve trattarsi di un'attività economica idonea ad assicurare un guadagno a colui che la esercita, ma non assume rilevanza la circostanza che il pagamento provenga dal destinatario del servizio offerto o da altro soggetto<sup>14</sup>.

Ebbene, dovendosi risolvere in sede applicativa-giudiziale il problema della definizione della categoria, forgiata per vivere in una dimensione storica e relativa, occorre accendere i riflettori su un altro profilo.

Occorre, cioè, analizzare la rilevanza giuridica delle prestazioni eseguite dal professionista intellettuale a titolo gratuito o a titolo amichevole.

Per distinguere le due fattispecie giova rammentare le illuminanti parole della Suprema Corte: "Affinché possa individuarsi una prestazione gratuita è necessario che la prestazione medesima assolva ad una funzione economico-sociale (causa) rilevante e meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico; in secondo luogo, deve essere suscettibile di valutazione economica, comporti cioè un beneficio patrimoniale per il destinatario, ancorché non corrispondente ad una diminuzione del patrimonio dell'autore; in terzo luogo, si ricollegli ad un interesse, anche mediato o indiretto di chi la esegue.<sup>15</sup>"

Indubbiamente, l'elemento più difficile da "sviscerare" è l'interesse del professionista che assume l'incarico ma, gli importanti risvolti sul piano pratico fungono da "sprone" in un sentiero così buio e poco esplorato.

---

riferirsi semplicemente al concetto di servizio, secondo la accezione residuale propria dell'"acquis communautaire", cioè una prestazione di rilievo economico che non rientra nella nozione di merce o di capitale». Si veda l'Audizione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, Antonio Catricalà, presso le Commissioni riunite II (Giustizia) e X (Attività produttive) della Camera dei Deputati – 8 marzo 2007 – nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulla riforma delle professioni.  
[http://www.agcm.it/component/joomdoc/doc\\_download/1082-audizione08-03-2007.html](http://www.agcm.it/component/joomdoc/doc_download/1082-audizione08-03-2007.html).

14 CONDINANZI, M., NASCIBENE, B.: "La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (coord. per BESSONE, M.) XXVI, vol. I, Giappichelli, Torino, 2006, p. 334.

15 Cfr. Cass. civ. 22 gennaio 1976, n. 185., *Foro Italiano*, 1976; vol. I; p. 618. La Corte aggiunge: "Peraltro, pur in mancanza di quest'ultimo requisito, può configurarsi una prestazione obbligatoria quando il comportamento tenuto da chi abbia promesso o iniziato ad eseguire la prestazione stessa sia stato, alla stregua delle circostanze e dei criteri vigenti nell'ambiente in cui il rapporto ha avuto svolgimento, tale da ingenerare nell'altra parte il ragionevole affidamento sul fatto che la prestazione promessa o iniziata dovesse essere eseguita o portata a termine".

## II. COMPENSO E RESPONSABILITÀ PER LE PRESTAZIONI RESE A TITOLO GRATUITO

La tradizione romanistica attribuiva alle opere liberali il carattere della gratuità; essendo considerate dei servizi essenziali per la partecipazione alla vita sociale, erano percepite come un onore<sup>16</sup>.

Cionondimeno, era consuetudine diffusa offrire un riconoscimento al professionista per il favore ricevuto sotto forma di trasferimenti a titolo gratuito. Tali liberalità dipendevano esclusivamente dalla volontà del cliente, non integravano in alcun modo un atto dovuto.

Differentemente il codice civile, inquadrando l'attività professionale nel libro dedicato al lavoro, prevede per essa esplicitamente un compenso.

Il termine "compenso" viene preferito dal legislatore<sup>17</sup> rispetto al "corrispettivo" o al "prezzo" in quanto maggiormente in linea con il tipo di attività. Sebbene non sia più concepita come dono o elargizione spontanea a titolo di gratitudine, la locuzione "compenso" risulta più adeguata alle professioni liberali, poiché rispetto ad esse la sinallagmaticità fra la prestazione del professionista, che tutela spesso beni fondamentali per il cliente, si pone in termini del tutto particolari. Non viene individuato un prezzo, come per ogni altra locazione d'opera o per il lavoro subordinato, ma un compenso commisurato anche a parametri di natura non economica<sup>18</sup>.

Il contratto d'opera intellettuale ha, pertanto, come elemento naturale l'onerosità della prestazione; il diritto al compenso spetta normalmente anche in mancanza di espressi riferimenti ad esso nella fase di formulazione del contratto, dovendo essere l'eventuale gratuità oggetto di specifica pattuizione.

---

16 Ad esempio se l'opera dell'avvocato era meritevole, essa era compensata con il divulgarsi e l'affermarsi della sua fama, premessa necessaria per l'ascesa politica, e non con denaro.

17 Tale scelta è confermata anche dall'utilizzo del medesimo termine nell'art. 3, comma 5, d.l. n. 138 del 2011 e nell'art. 282, comma 3, Code Européen des Contrats.

18 Secondo MUSOLINO, G.: "Il compenso professionale: decoro, qualità della prestazione e dignità del lavoro", cit., p. 578: "Il legislatore appare influenzato, per alcuni aspetti, dalla concezione aulica dell'ambiente romano classico: se allora si distinguevano i lavori in base alla circostanza che venissero eseguiti da schiavi o da salariati (in quest'ultimo caso, per procurarsi di che vivere con un'attività subordinata o autonoma e prevalentemente materiale), o da uomini liberi (in maniera sostanzialmente autonoma e disinteressata nell'ambito dei rapporti che legavano fra loro i cittadini romani), ora il discrimine è segnato dal carattere dell'intellettualità e dalla permanente e fondamentale funzione sociale che le professioni liberali svolgono (in virtù del sapere specializzato di cui sono portatori coloro i quali le esercitano) e dall'interesse non immediatamente suscettibile di valutazione patrimoniale, ma piuttosto di natura prevalentemente morale, che forma l'oggetto della loro attività.

La presunzione di onerosità discende dall'interesse a ottenere un compenso, interesse che caratterizza anche il libero professionista, in quanto facente parte del mondo del lavoro<sup>19</sup>.

Come detto, l'onerosità costituisce un elemento normale del negozio "de quo", non essenziale. Non può essere considerato un limite di ordine pubblico all'autonomia negoziale delle parti, le quali ben possono prevedere espressamente la gratuità<sup>20</sup> del contratto.

La facoltà di eseguire a titolo gratuito le prestazioni intellettuali è stata riconosciuta da tempo dalla giurisprudenza di legittimità. Le decisioni della Corte di Cassazione muovevano non tanto dalla natura tradizionalmente liberale della professione intellettuale, quanto piuttosto dalla sua attrazione nell'ambito del lavoro autonomo.

Come qualunque altro lavoratore autonomo, secondo i giudici di legittimità il professionista intellettuale può prestare gratuitamente la sua assistenza purché naturalmente sussista un elemento causale che sorregga la struttura sinallagmatica del tipo contrattuale. Al professionista è consentita la prestazione gratuita della sua attività professionale per i motivi più vari, anche con riguardo ad un personale e indiretto vantaggio.

La Suprema Corte ha riscontrato tale ipotesi nel caso, concernente la progettazione di uno stabilimento per la macellazione e la lavorazione di carni suine giacché, laddove si fosse verificata la dedotta condizione dell'erogazione del finanziamento da parte di terzi, il professionista avrebbe ricevuto un ulteriore incarico concernente la redazione di un progetto esecutivo e la direzione dei lavori per un "notevole importo"<sup>21</sup>.

19 Nel senso del testo, fra gli altri, MUSOLINO G., *Contratto d'opera professionale*, cit., p. 325; SANTORO PASSARELLI, F.: voce "professionisti intellettuali", *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1967, XIV, p. 26; SAVATIER J., *La profession libérale*, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, Parigi, 1947, p. 229, il quale 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'onoraire comme librement versé par le client dans un mouvement de reconnaissance".

20 Cass. civ., 20 luglio 1999, n. 7741, *Rep. Foro it.*, 1999, voce "professioni intellettuali", n. 135.

21 Cass. civ., 17 agosto 2005, n. 16966, *Massimario Giustizia civile*, 2005, núm. 9; Cass. civ., 28 agosto 2000, n. 8787; *ivi*, 2000, p. 1424; Cass. civ., 3 dicembre 1994, n. 10393, *ivi*, 1994, núm. 12. In dottrina: GALASSO, A., MAZZARESE, S.: *Il principio di gratuità*, Giuffrè, Milano, 2008; LIPARI, N.: "Spirito di liberalità e spirito di solidarietà", *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1997, vol. I, p. 1; MORROZZO DELLA ROCCA, P.: "Il contratto gratuito a scopo di beneficenza", *Giustizia civile*, 2000, II, p. 189; PALAZZO, A.: "Donazione pura e donazioni motivate", *Jus*, 1990, p. 297.



Come non si frappongono ostacoli di ordine civilistico alla stipulazione di un contratto d'opera professionale a titolo gratuito, parimenti non costituisce un limite neppure la sussistenza di minimi tariffari previsti dalle varie discipline di settore. La pattuizione di gratuità non produce alcun pregiudizio alla dignità e al decoro professionale, piuttosto accresce il prestigio della categoria.<sup>22</sup>

Ancora, l'esecuzione a titolo gratuito della prestazione del professionista non si pone in contrasto nemmeno con due principi della Costituzione, come ha paventato una parte della dottrina.

Secondo questa impostazione si riscontrerebbe una violazione dell'art. 36 Cost. secondo cui il lavoratore ha diritto ad una proporzionata retribuzione alla qualità e quantità del lavoro svolto e degli artt. 41 e 117 Cost. da cui si deduce il principio di libera concorrenza.

Tale orientamento<sup>23</sup> si esprime in senso favorevole alla ricomprensione delle professioni intellettuali nell'ambito tutelato dall'art. 36 Cost.

Posto che la Costituzione tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni (art. 35 Cost.), l'espressione lavoratore deve essere intesa in senso ampio, non solo come indicativa del soggetto che svolge attività di lavoro subordinato nell'ambito di un'organizzazione imprenditoriale.

La giurisprudenza maggioritaria, tuttavia, si pronunzia per la non applicabilità dell'art. 36, I comma, Cost. alle prestazioni di lavoro autonomo ritenendo che la norma riguardi solo il rapporto di lavoro subordinato, poiché le disposizioni immediatamente successive di cui all'art. 36, II e III comma, Cost. fanno riferimento alla durata massima della giornata lavorativa, al riposo settimanale e alle ferie retribuite<sup>24</sup>.

---

22 MUSOLINO, G. "Il compenso della prestazione professionale fra autonomia negoziale, tariffe e regole di concorrenza", *Rivista del Notariato*, 2001, p. 116.

23 Si vedano GIACOBBE, G.: voce "professioni intellettuali", *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, p. 1078; LEGA, C.: "Principi costituzionali in tema di compenso del lavoro autonomo", *Giurisprudenza italiana*, 1960, vol. I, I, c. 345, secondo cui: "L'art. 36, I comma, Cost. si applica pure al contratto d'opera intellettuale, per cui il lavoratore ha diritto a una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro (criterio economico), ma anche a un minimo vitale familiare (criterio sociale)." Nello stesso senso, la decisione isolata di App. Milano, 8 febbraio 1955, *Giurisprudenza italiana*, 1956, I, 2, c. 76, con nota di LEGA, C.: "In tema di pattuizione privata degli onorari professionali in deroga alle tariffe".

24 Cfr.: Cass. civ., 13 novembre 2012, n. 19714, *Massimario Giustizia civile*, 2012, p. 1297, secondo cui: "Il rapporto fra l'amministratore di una società di capitali e la società medesima va ricondotto nell'ambito di un rapporto professionale autonomo e, quindi, ad esso non si applica l'art. 36, I comma, Cost., che concerne il diritto alla retribuzione in senso tecnico, poiché il diverso diritto al compenso professionale dell'amministratore, avendo natura disponibile, può essere oggetto di una dichiarazione unilaterale di disposizione (per esempio, di rinuncia) da parte del suo titolare." L'art. 36 Cost. rappresenterebbe il punto di arrivo di un'evoluzione del rapporto di lavoro subordinato che si riassume nell'esigenza della tutela del lavoratore, come parte più debole del rapporto, rispetto alla quale emergono ragioni di solidarietà umana e sociale.

Con riferimento al principio di libera concorrenza, dubbi di compatibilità potrebbero sorgere in quanto alcune attività professionali incidono su beni di rango primario<sup>25</sup>. Superando il rapporto privatistico, l'esecuzione di prestazioni a titolo gratuito potrebbe produrre esternalità negative in capo alla collettività in termini di costi sociali rilevanti.

Se i clienti intendessero scegliere il professionista in base al mero criterio economico ben potrebbero rivolgersi a colui che eroga la prestazione a titolo gratuito. Tuttavia, laddove la prestazione non dovesse soddisfare le loro aspettative, perché ad esempio inferiore a certi "standard" qualitativi, sarebbero indotti a cambiare professionista, accettando di stipulare probabilmente un contratto a titolo oneroso.

Se è vero che tutto questo "iter" potrebbe comportare costi notevoli in termini di tempo, risorse ed energie, non sembra ravvisarsi un vero fallimento del mercato, esso si orienta in un senso e poi semplicemente si dirige altrove.

Il "punctum dolens" sembra risiedere non già nella gratuità o onerosità della prestazione, quanto piuttosto nella necessaria imposizione di "standard" minimi di qualità delle prestazioni. Non ci si può rimettere esclusivamente alla tanto agognata "diligenza" dei professionisti giacché è sempre più diffuso il fenomeno del "moral hazard" in forza del quale l'incapacità dei consumatori di valutare la qualità intrinseca dei beni o dei servizi acquistati può incentivare i professionisti a ridurre mediamente il proprio impegno<sup>26</sup>.

Ciò posto, appurato che il contratto d'opera intellettuale può essere stipulato anche a titolo gratuito, è intuitivo individuare il titolo della responsabilità del professionista.

Questi è tenuto a rispondere dell'eventuale inadempimento o inesatto adempimento alla stregua dei principi della responsabilità contrattuale.

A norma dell'art. 1218 c.c.: "Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il suo ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante

25 Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'attività del medico che incide positivamente sulla salvaguardia del bene salute dell'intera collettività; all'attività dell'avvocato che, con il suo operato, contribuisce al corretto ed efficiente funzionamento della giustizia o all'attività del notaio cui è ricollegato un ampio esercizio di prerogative pubbliche. Sul punto cfr. anche LIBERTINI, M.: "Brevi riflessioni sul d.d.l. n. 5092 e sui principi costituzionali e comunitari in materia di attività professionali intellettuali", *Foro italiano*, 1999, vol. III, p. 469.

26 In tal senso si veda PELLIZZARI, M., ORSINI, J.: *Dinastie d'Italia. Gli ordini tutelano davvero i consumatori?*, Università Bocconi Editore, Milano, 2012, p. 29. Gli autori riportano l'esempio di un avvocato che, anche se preparato, essendo a conoscenza del fatto che il cliente non è in grado di scoprire se una causa non è andata a buon fine per motivi imputabili al professionista o meno, potrebbe essere incentivato a non dedicare il massimo impegno nell'espletamento dell'incarico.

da causa a lui non imputabile". La norma, mira espressamente a garantire la tutela sostanziale della posizione creditoria; trova applicazione, infatti, il principio della presunzione della colpa, spettando all'attore/creditore solo l'onere della prova dell'inadempimento e dell'entità del danno. Di converso, al debitore spetterà, per sottrarsi all'obbligo risarcitorio, dimostrare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per cause a lui non imputabili.

Ulteriori profili da sottolineare circa il regime giuridico della responsabilità contrattuale vertono sulla prescrizione e sul danno risarcibile. All'illecito contrattuale si applica l'art. 2946 c.c. che prevede il termine ordinario di decorrenza decennale, salvo i tempi più brevi previsti per specifiche tipologie di contratti.

A norma dell'art. 1223 c.c. il risarcimento del danno dovuto all'inadempimento o al ritardo deve comprendere sia la perdita subita dal creditore (danno emergente) che il mancato guadagno (lucro cessante), in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta (nesso di causalità tra l'inadempimento e il danno). Se l'inadempimento o il ritardo non hanno natura dolosa, il risarcimento è limitato al solo danno prevedibile al tempo in cui è sorta l'obbligazione.

Da ultimo, giova ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale circa la sussistenza di un principio generale che ammetta, per qualunque fattispecie contrattuale, un'attenuazione della responsabilità per il contraente che ponga in essere una prestazione a titolo gratuito.

Come noto, il codice civile prevede delle fattispecie tipiche<sup>27</sup> in cui la gratuità della prestazione comporta l'attenuazione della responsabilità del soggetto che agisce.

In una sentenza della fine degli anni 70<sup>1</sup> la Corte di cassazione<sup>28</sup> ha statuito che le disposizioni contemplate dal legislatore per singole fattispecie contrattuali e delineanti una responsabilità attenuata per le obbligazioni derivanti dal contratto a titolo gratuito possono essere applicate anche a tutte le altre figure contrattuali. Tale principio deriverebbe dalla tradizione romanistica, secondo cui alla prestazione con vantaggio di una sola parte corrisponde una responsabilità per "culpa lata".

Nel silenzio della giurisprudenza di legittimità ci si chiede cosa si intenda per "attenuazione della responsabilità". Appare preferibile sostenere che si debba limitare la sfera dell'inadempimento contrattuale alle sole ipotesi di colpa grave, tenendo però conto che, qualora questa sussista, l'agente dovrebbe poi rispondere di tutti i danni, anche se derivanti da disattenzioni più lievi.

<sup>27</sup> Si tratta della responsabilità del mandatario (art. 1710 c.c.), del depositario (art. 1768 c.c.) e del mutuante (art. 1821 c.c.).

<sup>28</sup> Cass. civ., 22 gennaio 1976, n. 185, cit.

Con una sentenza<sup>29</sup> più recente in materia di responsabilità medica la Suprema Corte sembra aver ribaltato l'interpretazione che fino a quel momento aveva voluto privilegiare.

Segnatamente, ha affermato che: "Colui che assume volontariamente un obbligo, ovvero inizia volontariamente l'esecuzione di una prestazione, ha il dovere di adempiere il primo o di eseguire la seconda con la correttezza e la diligenza prescritte dagli artt. 1175 e 1176 c.c., a nulla rilevando che la prestazione sia eseguita volontariamente e a titolo gratuito". Da questa pronuncia si deduce che per qualunque obbligazione il grado di responsabilità del contraente debba esser rapportato ai generali canoni di diligenza previsti agli artt. 1175 e 1176 del c.c., a prescindere dall'onerosità o gratuità del contratto.

Applicando dette coordinate ermeneutiche al circoscritto campo di indagine, l'ultimo approdo non può che accogliersi con favore. Le professioni intellettuali incidono profondamente su interessi e valori fondamentali della persona, il carattere della gratuità non può, pertanto, "insabbiare" le condotte superficiali dei professionisti.

### **III. IMPEGNI PROFESSIONALI ASSUNTI A TITOLO AMICHEVOLE: INQUADRAMENTO E RESPONSABILITÀ**

La diffusione del virus Covid 19 ha comportato l'emanazione di stringenti misure di contenimento del contagio. Tali restrizioni hanno in parte bloccato le attività lavorative, in parte hanno interrotto il flusso di domanda dei servizi professionali. Di fronte a tanta incertezza, i professionisti intellettuali si sono dovuti adattare ingegnandosi con le nuove tecnologie, instaurando o portando avanti il rapporto con il cliente "da remoto".

L'eccezionalità della situazione, la posizione di maggiore agiatezza di cui generalmente godono e un forte senso di solidarietà hanno spinto molti professionisti a erogare prestazioni in via amichevole.

Si pone a questo punto l'interrogativo circa la natura di questi rapporti e il regime giuridico della responsabilità in cui incorre il professionista che non esegue correttamente la prestazione.

Collocandosi sulle pendici del "giuridicamente rilevante", tali relazioni appaiono di difficile inquadramento sistematico.

Due le tesi sul tappeto: rapporti di cortesia e rapporti di fatto.

<sup>29</sup> Cass. civ., 26 agosto 2014, n. 18230, *Foroplus*.

I primi sono definibili come situazioni che: “Nel momento in cui nascono, si caratterizzano per essere destinate a svolgersi al di fuori del diritto, dipendendo il previsto risultato finale dallo spontaneo rilievo di una particolare coloritura sociale delle reciproche posizioni soggettive”<sup>30</sup>. L'ampia gamma di situazioni riconducibili a tale categoria costituisce un “arcipelago frastagliato, costituito da una variegata sequela di figure poste ai confini della negozialità, certamente prive di onerosità”<sup>31</sup>.

I rapporti a titolo amichevole tra professionisti e clienti ben potrebbero ricomprendersi tra le isole di detto arcipelago.

Potrebbero, altresì, essere ricondotti nell'alveo dei rapporti di fatto definiti come: “quei fenomeni, situazioni, rapporti che, pur non espressamente regolati da una norma giuridica, pur non costituendo una fattispecie tipica - e per questo nel loro insieme definiti «di fatto» - si possono rivelare, quasi contraddicendo la loro stessa qualifica e la loro origine, produttivi di effetti giuridici”<sup>32</sup>.

La dottrina suole operare delle distinzioni all'interno dei rapporti di fatto. Tra questi si annoverano: 1) quelli che nascono e si svolgono in precisa violazione di una norma di legge<sup>33</sup>, ovvero sono fondati su un contratto invalido o inesistente<sup>34</sup>, del quale si rendono operanti gli effetti o che tali effetti hanno già prodotto; 2) quelli che coesistono con analoghi rapporti giuridici con i quali condividono parzialmente gli effetti: è il caso della famiglia di fatto che per alcuni limitati aspetti viene equiparata alla famiglia legittima della quale viene estesa in parte la relativa disciplina; 3) quelle ipotesi in cui: “accanto alla situazione “di diritto” sopravvive la situazione o rapporto precedente, che viene definita “di fatto” per distinguerla dal nuovo rapporto di diritto”, mantenendo la propria indipendenza e restando al di fuori della valutazione giuridica.<sup>35</sup>

30 Si veda LIPARI, N.: *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia. Spunti per una teoria del rapporto giuridico*. Cedam, Padova, 1967. Per una definizione degli atti di cortesia, cfr. GHEZZI, E.: voce “Cortesia (prestazioni di)”, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1962, vol. X, p. 1048; PALAZZO, A.: “Atti gratuiti e donazioni”, in AA.VV.: *Trattato di diritto civile*, vol. II, (coord. por SACCO, R.) Utet Giuridica, Torino, 2000, p. 5; PANUCCIO, V.: voce “prestazione di cortesia”, *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ., Utet Giuridica, Torino, 1996, p. 268. Per un'analisi delle diverse posizioni della dottrina sul rapporto di cortesia, cfr. GIGLIOTTI, F.: *Relazioni sociali vincolo giuridico e motivo di cortesia*, Esi, Napoli, 2003, p. 302.

31 MOROZZO DELLA ROCCA, P.: “Prestazione gratuita, solidarietà e responsabilità civile”, *Rivista critica del diritto privato*, 1998, p. 583.

32 FRANCESCHELLI, V.: “Rapporto di fatto”, *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ., Utet Giuridica, Torino, 1997, XVI, p. 272; *Id.*, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Giuffrè, Milano, 1984.

33 ZAGO GARELLI, C.: *Il rapporto di fatto con particolare riguardo al rapporto di lavoro*, Cedam, Padova 1964, fa riferimento al testamento e alla donazione nulli, successivamente confermati.

34 È il caso del rapporto di lavoro di fatto (art. 2126 c.c.), su cui cfr. HERNANDEZ, S.: *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1968.

35 LA TORRE, M. E.: “Premesse generali per uno studio sull'ospitalità fra rapporti di cortesia e autonomia negoziale”, *Giustizia civile*, 2009, núm. 3, p. 105.

Ora, l'adesione alla prima o alla seconda tesi non risolve il secondo quesito che indubbiamente ha maggiori risvolti applicativi.

Il problema riguarda la risarcibilità di un eventuale danno causato dalla prestazione eseguita a titolo amichevole, senza "animus obligandi", per condiscendenza o per spirito di mera liberalità. Sarebbe semplicistico considerare che, trattandosi di impegni assunti su un piano diverso da quello giuridico, la loro violazione possa comportare al limite una applicazione di sanzioni sociali, ad esempio la rottura di un rapporto di amicizia.

Il diritto non può disinteressarsi di questi rapporti in ragione della loro frequenza e della gravità delle conseguenze che possono derivare dall'inadempimento o inesatto adempimento.<sup>36</sup>

Tanto in dottrina quanto in giurisprudenza si registra un acceso dibattito circa il regime giuridico della responsabilità del professionista intellettuale.

Secondo un'impostazione minoritaria<sup>37</sup> la fattispecie considerata dà luogo ad un negozio soggetto alla disciplina del contratto d'opera intellettuale. Il rapporto che nasce per via amichevole o a titolo di cortesia deve essere considerato come fattispecie composta da un contratto d'opera intellettuale e da una successiva rinuncia al compenso, e non, invece, come rapporto di cortesia.

Sulla scorta di questa opinione, il professionista che esegue la propria prestazione "beneficii loco" è tenuto a rispondere dell'eventuale inadempimento secondo i principi della responsabilità contrattuale. Per quanto riguarda il grado della responsabilità, tale tesi aderisce alla sopra esposta sentenza della Corte di Cassazione del 1976. Ritene, cioè, operante il principio generale, ricavabile dalle previsioni positive, secondo cui la responsabilità deve essere valutata con minor rigore, rispondendosi, così, solo a titolo di colpa grave<sup>38</sup>. Il professionista, mosso da motivazioni affettive, sarebbe chiamato a rispondere esclusivamente per negligenza e imperizia macroscopica<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> GALLO, P.: *Il contratto*, cit., p. 39.

<sup>37</sup> Per una approfondita ricostruzione della tesi si veda MUSOLINO, G.: "Contratto d'opera intellettuale e deontologia: gli effetti giuridici delle scelte sentimentali del professionista", *Rivista del Notariato*, 2003, n. 2, p. 335.

<sup>38</sup> MESSINEO, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, 8 ed., rist., vol. II, Giuffrè, Milano, 1952, p. 237.

<sup>39</sup> MUSOLINO, G.: "Profili della colpa professionale: continuità delle fonti romane e interpretazioni eterodosse", *Rivista del Notariato*, 1996, p. 471.

Alla medesima soluzione, in termini di titolo di responsabilità, pervengono quanti ricorrono alla figura del contatto sociale<sup>40</sup>, intesa quale fonte di un'obbligazione di protezione<sup>41</sup>, per qualificare il rapporto che sorge tra professionista e cliente.

Il referente normativo della teoria del contatto sociale qualificato si rinviene nell'art. 1173 c.c. posto in apertura del libro dedicato alle obbligazioni. Detta disposizione chiude l'elenco delle fonti con l'espressione "altri atti o fatti idonei a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico".

Questa atipicità, letta con la lente del principio di solidarietà sociale, ha permesso l'elaborazione della teoria del contatto sociale qualificato, secondo la quale la relazione specifica instauratasi tra due soggetti, in assenza di un precedente accordo e comportante l'esecuzione di prestazioni assimilabili a quelle derivanti da un rapporto contrattuale, viene assoggettata alla disciplina contrattuale.<sup>42</sup>

Sebbene la teoria sia recente, preme ricordare che l'applicazione della disciplina contrattuale anche in assenza di un contratto<sup>43</sup> era già prevista dal codice del 1865 con riferimento alla figura del quasi contratto, abbandonata poi dal codice vigente.

Un altro approccio muove dalle argomentazioni elaborate per altri tipi negoziali allo scopo di ipotizzarne l'applicabilità *mutatis mutandis* al contratto d'opera intellettuale.

In Italia, il tema della responsabilità per le prestazioni eseguite a titolo amichevole<sup>44</sup> è stato affrontato soprattutto in materia di trasporto di cose o

40 È possibile richiamare soltanto alcune delle numerose opere in materia. In particolare, si segnala GIORGIANNI, M.: "Obbligazione (diritto privato)", *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, Utet Giuridica, Torino, 1965, p. 604; ID., *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 11; RESCIGNO, P.: "Obbligazioni (nozioni)", *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 133; MARICONDA, V.: *Delle obbligazioni e dei contratti. Commentario*, Ipsoa, Milano, 1984, p. 134; DI MAJO, A.: "Delle obbligazioni in generale", *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, p. 170; ID., "Obbligazione (teoria generale)", *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1990, XXI, p. 1; BIANCA, M.: *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1993 (rist. agg.: 2004); BRECCIA U.: "Le obbligazioni", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato*, (coord. per IUDICA G. e ZATTI, P.), Giuffrè, Milano, 1991, p. 192; CHIANALE, A.: "Obbligazione", in *Digesto discipline civilistiche*, 4ª ed., vol. XII, Utet Giuridica, Torino, 1995, p. 350; GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, vol. II, 4ª ed., Cedam, Padova, 2004, p. 32.

41 L'intuizione dell'obbligazione di protezione senza prestazione, nell'ordinamento italiano, si deve a Castronovo. In particolare, si vedano CASTRONOVO, C.: voce "obblighi di protezione", *Enciclopedia giuridica Treccani*, Treccani, Roma, 1990, vol. XXI, p. 1; ID., "Ritorno all'obbligazione senza prestazione", *Europa e diritto privato*, 2009, p. 679; ID., *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015; ID., *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018.

42 Per un approfondimento sulla figura del contatto sociale qualificato cfr. PITTELLA, D.: "Dall'obbligazione senza prestazione alla responsabilità extracontrattuale del medico: rigetto locale o totale del contatto sociale «qualificato?»", *Contratto e impresa*, 2010, núm. 1, p. 418.

43 Sulla individuazione della categoria "rapporti contrattuali di fatto" si veda HAUPT, G.: *Sui rapporti contrattuali di fatto*, edizione italiana, a cura di VARANESE, G., Giappichelli, Torino, 2012.

44 Si veda ROMANO, S.: "Il trasporto di cortesia", *Rivista diritto civile*, 1960, vol. I, p. 488; FLAMINI, A.: *Il trasporto amichevole*, Jovene, Napoli, 1977.

persone<sup>45</sup>. L'art. 414 del codice della navigazione in materia di trasporto amichevole stabilisce che: "Chi assume il trasporto di persone o di bagagli a titolo amichevole è responsabile solo quando il danneggiato provi che il danno dipende da dolo o colpa grave dei vettori o dei suoi dipendenti e preposti". Gli interpreti si sono chiesti se tale norma fosse espressione di un principio generale in grado di colmare la lacuna presente nel codice civile in ambito di trasporto di cortesia terrestre.

In un primo momento<sup>46</sup>, la Suprema Corte ha optato per l'assimilazione del trasporto amichevole a quello gratuito, con conseguente contrattualizzazione della figura. Successivamente<sup>47</sup>, ha escluso che la relazione amichevole potesse considerarsi alla stregua di un rapporto contrattuale, residuando esclusivamente il ricorso alle regole della responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c.

Con riferimento ad altre fattispecie contrattuali si registra un orientamento oscillante della giurisprudenza.

In un caso relativo alla presa di consegna di alcuni buoi sulla piazza del mercato, successivamente abbandonati, la Corte di Cassazione ha ravvisato gli estremi di un vero e proprio contratto di deposito gratuito, con conseguente configurabilità della responsabilità contrattuale<sup>48</sup>. Laddove, invece, un viaggiatore acconsenta di custodire la valigia di un altro viaggiatore per pochi minuti per poi abbandonarla una volta che arrivi il suo treno, si ritiene debba essere chiamato a rispondere a titolo extracontrattuale.

Prendendo in prestito i ragionamenti della giurisprudenza che si è espressa in materia di trasporto a titolo amichevole, dovrebbe concludersi per il ricorso alle regole della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.

Sul piano probatorio, a differenza dell'illecito contrattuale, il danneggiato deve fornire la prova del comportamento doloso o colposo del danneggiante e del nesso eziologico di tale comportamento con la produzione del danno, di cui deve fornire non solo la prova dell'esistenza ma anche del suo ammontare in termini di liquidazione. L'azione si prescrive in 5 anni e il risarcimento comprende anche i danni imprevedibili.

45 Si rinvia, "ex multis", agli scritti di PERRETTI GRIVA, D. R.: "Sul trasporto amichevole o di cortesia", *Rivista di diritto commerciale*, 1948, vol. I, p. 111; MONTEL, A.: "Ancora in tema di responsabilità per trasporto terrestre a titolo di cortesia", *Foro padano*, 1948, I, c. 201; VENDITTI, A.: "Della responsabilità del vettore nel trasporto amichevole", *Giustizia civile*, 1952, p. 126; FLAMINI, A.: *Il trasporto amichevole*, cit.; PANUCCIO, V.: "Cortesia (prestazioni di)", *Enciclopedia giuridica*, 1988, vol. IX, pp. 3-4. Nella manualistica e nei trattati più recenti cfr. MONTICELLI, S.: e PORCELLI, G.: *I contratti dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 120; CAGNASSO, O. e COTTINO, G.: "I contratti commerciali", in AA.VV.: *Trattato di diritto commerciale*, (coord. per COTTINO, G.), Cedam, Padova, 2009, vol. IX, 2a ed., p. 429.

46 Cass. civ., 29 marzo 1950, n. 848, *Foro italiano*, 1950, vol. I, p. 1010.

47 Cass. civ., 13 ottobre 1951, n. 2635, *Foro italiano*, 1951, vol. I, p. 1487; Cass. civ., 1° agosto 1986, n. 4924, *ForoPlus*; Cass. civ., 8 ottobre 2009 n. 21389, *ForoPlus*.

48 Cass. civ., 14 luglio 1952, n. 2188, *Giurisprudenza Italiana*, 1953, vol. I, p. 195.



#### IV. IL PROGETTO PRELIMINARE DEL CODICE EUROPEO DEI CONTRATTI: IL GIURISTA TRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE

Un'ulteriore soluzione al quesito viene offerta se ci si pone da una prospettiva europeista.

Lo sguardo non va rivolto allo "ius positum", costituito dai Trattati e dalle altre fonti comunitarie, bensì a progetti<sup>49</sup>, a cui va riconosciuta una valenza para-normativa.

I primi lavori giuridici nati a seguito di un fecondo dibattito sono stati i PECL (Principi di diritto europeo dei contratti)<sup>50</sup> nel 2001 e il "Draft Common frame of reference"<sup>51</sup> nel 2008. A distanza di anni il risultato di diventare il diritto comune dei contratti non è stato raggiunto, essendo rimaste solo opere dottrinali.

Non si può negare, tuttavia, un loro effetto indiretto<sup>52</sup> difficilmente misurabile e variabile da paese a paese che consiste in una influenza sulla legislazione<sup>53</sup> e sulla giurisprudenza delle corti, nonché in una parte della dottrina volta a promuovere la creazione di un diritto europeo.

In Italia un certo condizionamento si è registrato in tema di responsabilità civile. Le Sezioni unite che si sono pronunciate sulla vicenda della "compensatio lucri cum damno"<sup>54</sup>, hanno attinto allo strumentario del "Draft common frame of reference" per motivare la decisione. Queste Sezioni unite sono significative in quanto legittimano e suggeriscono a tutti i giudici nazionali di servirsi di questi testi.

49 Nel primo volume del *Manuale del diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 12 (coord. per CASTRINOVO, C. e MAZZAMUTO, S.) i curatori sottolineano come "il legislatore comunitario non abbia operato nella direzione di svelare le assonanze tra i sistemi rilanciandole come cardine del diritto europeo; piuttosto ha preso di mira precisi obiettivi di raggiungimento delle regole del mercato: è un legislatore pragmatico che poco si cura delle architetture concettuali e dei raccordi con i diversi sistemi giuridici che procede ad armonizzare. È particolarmente orientato ai rimedi, più che all'attribuzione astrattizzante dei diritti. Ciò perché alla mancanza di un controllo tecnico che quest'ultimo modello esige e alla quale il legislatore comunitario non è aduso si aggiunge l'istanza concreta di raggiungere obiettivi più circoscritti ancorché a volte maggiormente complicati. Per questo, il legislatore comunitario ritiene aver sostanzialmente adempiuto al proprio compito quando riesca a far convivere il massimo di efficienza e di effettività con il minimo investimento assai ed il minimo tasso di riconcettualizzazione e di generalizzazione."

50 I Principi di diritto europeo dei contratti rappresentano in ambito europeo un esempio di c.d. "codificazione culta" giacché si tratta di un testo che raccoglie le regole comuni in materia di contratto e di obbligazioni in vista dell'obiettivo futuro della predisposizione di un codice civile comune europeo, allo scopo di dotare il mercato interno di una disciplina uniforme.

51 Il progetto contiene principi, definizioni e norme modello di diritto civile, specie di diritto dei contratti e responsabilità extracontrattuale e si riferisce sia ai contratti commerciali che ai contratti dei consumatori.

52 SIRENA, P.: "La scelta dei Principles of European Contract Law (PECL) come legge applicabile al contratto", *Rivista di diritto civile*, 2019, p. 608, constata la possibilità di usare i Principi come legge applicabile al contratto. Tuttavia si dubita dell'attrattività dei PECL per il mondo degli affari rispetto sia ai diritti nazionali sia ai modelli di "soft law" maggiormente consolidati come i Principi Unidroit o le norme uniformi della ICC di Parigi. Ad esempio, in tema di garanzia autonoma sono state recepite da alcune nuove codificazioni.

53 Ciò si verifica anche negli Stati, che non sono Membri dell'Unione Europea, come dimostra il codice civile moldavo entrato in vigore il primo marzo 2019.

54 Cass. Civ. Sez. Un. nn. 12564, 12565, 12566, 12567 del 2018; si parla delle "sentenze gemelle", *Foroplus*.

Anche in altri ordinamenti tali principi esplicano una funzione indiretta.

La dottrina spagnola<sup>55</sup>, ad esempio, ha osservato come abbiano determinato significativi cambiamenti nel diritto contrattuale seppur attraverso la via giurisprudenziale. Tra le modifiche più significative si è assistito ad una unificazione delle ipotesi di inadempimento, alla scomparsa o all'affievolimento del requisito della colpa, ad una sistematizzazione dei rimedi, alla valorizzazione del rischio come elemento centrale della responsabilità contrattuale e alla considerazione della frustrazione degli scopi del contratto.

Ed è così che il "Draft" e i Principi di diritto europeo dei contratti acquistano la qualità di modulo argomentativo preordinato, utile a indirizzare ogni giudice europeo nella decisione del caso concreto là dove il diritto nazionale non appaia sufficiente per risolvere la controversia<sup>56</sup>.

Ciò premesso, in questa sede interessa prendere le mosse dalla terza parte<sup>57</sup> del progetto preliminare del Codice europeo dei Contratti, elaborato dall'Accademia dei giuristi europei nel 2016.

Gli articoli 304 e seguenti sono dedicati alle professioni intellettuali, tra le quali sono ricomprese anche quelle non protette. Esse vengono definite quali prestazioni dirette "a realizzare un prodotto dell'ingegno dovuto ad un'attività di natura creativa o esecutiva, ma non avente necessariamente una consistenza tangibile e alla cui realizzazione concorre anche l'esplicarsi di energie fisiche o manuali". L'attività, che deve essere svolta in regime di autonomia e indipendenza, crea un'obbligazione di mezzi se non viene espressamente convenuto che debba produrre comunque uno specifico risultato.

In relazione all'esecuzione della prestazione a titolo gratuito, l'art. 305, sesto comma, ammette espressamente tale possibilità anche se sono previste tariffe minime inderogabili, senza che ciò minimamente rilevi circa i doveri incombenti e le relative responsabilità.

Quanto agli incarichi assunti a titolo amichevole, occorre analizzare l'art. 235 rubricato "prestazioni di mera cortesia". Il primo comma recita: "Se venga promessa una prestazione del tutto gratuita e di mera cortesia che poi non venga eseguita, la controparte promissaria può ottenere un'equa riparazione del documento che

55 ROCA TRIAS, E.: "The modernisation of Law of Obligations Using the Principles of European Contract Law", in AA.VV.: *Uniform rules for european contract law*, (coord. Por DE ELIZALDE, F.), Hart, Oxford, 2006, p. 83.

56 MAZZAMUTO, S.: "Progetti di codificazione europea sul contratto", *Europa e diritto privato*, 2020, núm. 4, p. 1105.

57 Questa espressione è giustificata dal fatto che è già stato presentato il libro primo, contenente le disposizioni generali in materia contrattuale (artt. 1-173) e il progetto relativo alla prima parte del libro secondo dedicato ai singoli contratti (artt. 174-229).

ne abbia subito, qualora ricorrano le seguenti condizioni: che la promessa sia stata fatta per iscritto in termini non equivoci, o che risulti notoria nella comune cerchia di persone, o che sia stata accompagnata dal ricevimento in via amichevole di una somma per parziale rimborso della spesa, o che ne sia iniziata l'esecuzione."

Vengono, poi, enumerati i casi in cui la riparazione è esclusa: - se il promittente ha preavvertito in tempo ragionevole la controparte-promissaria della successiva non esecuzione, o dandole modo di adottare una diversa soluzione; - se il fatto non è addebitabile al promittente salvo che abbia agito con dolo o colpa grave.

Laddove rilevino gli estremi della colpa lieve è applicabile la norma di cui all'art. 168 comma 2, lett. b)<sup>58</sup>.

Ora, nel nostro ordinamento la dicitura "equa riparazione" viene utilizzata raramente<sup>59</sup> dal legislatore. Il concetto viene ricondotto solitamente nell'alveo delle riparazioni di natura indennitaria, scaturenti da un'obbligazione "ex lege" per danni cagionati da un'attività lecita<sup>60</sup>.

Se, da una parte, introdurre una nuova categoria nel costellato mondo della responsabilità potrebbe ingenerare perplessità e incertezze. Dall'altra, questa novità potrebbe porsi quale ultimo e prezioso tassello del mosaico.

In fin dei conti, proprio perché risulta forzato inquadrare la responsabilità per la prestazione resa a titolo amichevole nelle macrocategorie della responsabilità aquiliana o della responsabilità contrattuale, questa alternativa sembrerebbe la più adeguata. Non si mette "in scacco" il sistema nel suo complesso e si offre un rimedio al pregiudizio che subisce il cliente, sebbene rimesso all'equo apprezzamento del giudice.

Ebbene, lo studio di questa tematica dimostra la persistente attualità del pensiero di Tullio Ascarelli secondo cui il giurista deve essere non solo custode di una tradizione ma anche garante di un'innovazione, una sorta di Giano Bifronte che con un volto guarda al passato e con l'altro al futuro.

58 Art. 168, secondo comma, lett. b: "Tenuto conto del comportamento, dell'interesse e delle condizioni economiche del creditore, il giudice può equitativamente limitare l'entità dei danni risarcibili in caso di colpa lieve del debitore, soprattutto nei contratti nei quali non è previsto a suo favore alcun corrispettivo per la prestazione da lui dovuta".

59 Cfr. la legge 24 marzo 2001 n. 89, c.d. legge Pinto che riconosce il diritto ad un'equa riparazione in favore di chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per l'effetto della violazione della Cedu sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole del processo.

60 L'equa riparazione potrebbe essere equiparabile all'indennizzo dovuto per quegli atti posti in essere "iure" ma "contra ius". Mancando l'illiceità, non sorge l'obbligo di risarcire il danno per cui il legislatore interviene prevedendo un obbligo indennitario. Rientrano nella categoria: gli artt. 1328 (indennizzo dovuto alla revoca della proposta, se l'accettante ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione), 843 (indennizzo dovuto per l'accesso al fondo se questo cagiona un danno), 2045 (indennizzo dovuto al danneggiato in caso di stato di necessità), 2047 comma II (indennizzo dovuto al danneggiato se non c'è altra sfera giuridica rispetto all'incapace di intendere e di volere) c.c.

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Manuale del diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 12 (coord. por Castronovo, C. e Mazzamuto, S.).

BIANCA, M.: *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1993 (rist. agg.: 2004).

BRECCIA, U.: "Le obbligazioni", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato*, (coord. por Iudica G. e Zatti, P.), Giuffrè, Milano, 1991.

CAGNASSO, O. e COTTINO, G.: "I contratti commerciali", in AA.VV.: *Trattato di diritto commerciale*, (coord. por Cottino, G.), Cedam, Padova, 2009, vol. IX, 2a ed.

CASTRONOVO, C.: "Ritorno all'obbligazione senza prestazione", *Europa e diritto privato*, 2009.

CASTRONOVO, C.: *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015.

CASTRONOVO, C.: *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018.

CASTRONOVO, C.: voce "obblighi di protezione", *Enciclopedia giuridica Treccani*, Treccani, Roma, 1990, vol. XXI.

CATTANEO, G.: *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milano, 1958.

CHIANALE, A.: "Obbligazione", in *Digesto discipline civilistiche*, 4ª ed., vol. XII, Utet Giuridica, Torino, 1995.

CONDINANZI, M., NASCIBENE, B.: "La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (coord. por Bessone, M.) XXVI, vol. I, Giappichelli, Torino, 2006.

Corte Cass., 25 febbraio 1993, n. 3441, *Giurisprudenza commentata*, 1994, II, p. 191, con nota di BORTESI, C.

Corte Cost., 22 gennaio 1976, n. 17, *Giurisprudenza commentata*, 1976, II, p. 143, con nota di SANTONASTASO, F.: *Società tra professionisti e società di progettazione industriale*

DI MAJO, A.: "Delle obbligazioni in generale", *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988.

DI MAJO, A.: "Obbligazione (teoria generale)", *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1990, XXI.

FLAMINI, A.: *Il trasporto amichevole*, Jovene, Napoli, 1977.

FRANCESCHELLI, V.: "Rapporto di fatto", *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ., Utet Giuridica, Torino, 1997, XVI.

FRANCESCHELLI, V.: *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Giuffrè, Milano, 1984.

GALASSO, A., MAZZARESE, S.: *Il principio di gratuità*, Giuffrè, Milano, 2008.

GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, vol. II, 4ª ed., Cedam, Padova, 2004.

GALLO, P.: *Il contratto*, Giappichelli, Torino, 2017.

GHEZZI, E.: voce "Cortesia (prestazioni di)", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1962, vol. X.

GIACOBBE, G.: voce "professioni intellettuali", *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987.

GIGLIOTTI, F.: *Relazioni sociali vincolo giuridico e motivo di cortesia*, Esi, Napoli, 2003.

GIORGIANNI, M.: "Obbligazione (diritto privato)", *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, Utet Giuridica, Torino, 1965.

GIORGIANNI, M.: *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1968.

HERNANDEZ, S.: *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1968.

HUNT, G.: *Sui rapporti contrattuali di fatto*, edizione italiana, a cura di Varanese, G., Giappichelli, Torino, 2012.

LA TORRE, M. E.: "Premesse generali per uno studio sull'ospitalità fra rapporti di cortesia e autonomia negoziale", *Giustizia civile*, 2009, núm. 3.

LEGA, C.: "Principi costituzionali in tema di compenso del lavoro autonomo", *Giurisprudenza italiana*, 1960, vol. I, I, c. 345.

LIBERTINI, M.: "Brevi riflessioni sul d.d.l. n. 5092 e sui principi costituzionali e comunitari in materia di attività professionali intellettuali", *Foro italiano*, 1999, vol. III,

LIPARI, N.: "Spirito di liberalità e spirito di solidarietà", *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1997, vol. I.

LIPARI, N.: *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia. Spunti per una teoria del rapporto giuridico*. Cedam, Padova, 1967.

MARICONDA, V.: *Delle obbligazioni e dei contratti. Commentario*, Ipsoa, Milano, 1984.

MAZZAMUTO, S.: "Progetti di codificazione europea sul contratto", *Europa e diritto privato*, 2020, núm. 4

MESSINEO, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, 8 ed., rist., vol. II, Giuffrè, Milano, 1952.

MONTEL, A.: "Ancora in tema di responsabilità per trasporto terrestre a titolo di cortesia", *Foro padano*, 1948, I, c. 201.

MONTICELLI, S., PORCELLI, G.: *I contratti dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2006.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Prestazione gratuita, solidarietà e responsabilità civile", *Rivista critica del diritto privato*, 1998.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Il contratto gratuito a scopo di beneficenza", *Giustizia civile*, 2000, II.

MUSOLINO, G.: "Il compenso della prestazione professionale fra autonomia negoziale, tariffe e regole di concorrenza", *Rivista del Notariato*, 2001.

MUSOLINO, G.: "Contratto d'opera intellettuale e deontologia: gli effetti giuridici delle scelte sentimentali del professionista", *Rivista del Notariato*, 2003, núm. 2.

MUSOLINO, G.: "Il compenso professionale: decoro, qualità della prestazione e dignità del lavoro", *Rivista del notariato*, 2015, núm. 3.

MUSOLINO, G.: "Profili della colpa professionale: continuità delle fonti romane e interpretazioni eterodosse", *Rivista del Notariato*, 1996.

MUSOLINO, G.: *Contratto d'opera professionale*, Giuffrè, Milano, 1999.

PALAZZO, A.: "Atti gratuiti e donazioni", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile*, vol. II, (coord. por Sacco, R.) Utet Giuridica, Torino, 2000.

PALAZZO, A.: "Donazione pura e donazioni motivate", *Jus*, 1990.

PANUCCIO, V.: "Cortesia (prestazioni di)", *Enciclopedia giuridica*, 1988, vol. IX.

PANUCCIO, V.: voce "prestazione di cortesia", *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ, Utet Giuridica, Torino, 1996.

PELLIZZARI, M., ORSINI, J.: *Dinastie d'Italia. Gli ordini tutelano davvero i consumatori?*, Università Bocconi Editore, Milano, 2012.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 2020, II volume, *Fonti e interpretazione*.

PERRETTI GRIVA, D. R.: "Sul trasporto amichevole o di cortesia", *Rivista di diritto commerciale*, 1948, vol. I.

PITTELLA, D.: "Dall'obbligazione senza prestazione alla responsabilità extracontrattuale del medico: rigetto locale o totale del contatto sociale «qualificato»?", *Contratto e impresa*, 2010, núm. 1.

RABITTI, M.: "Il contratto d'opera intellettuale", en AA.VV.: *Trattato dei contratti* (coord. por Rescigno, P. y Gabrielli, E.), Giappichelli, Torino, 2011.

RESCIGNO, P.: "Obbligazioni (nozioni)", *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979.

ROCA TRIAS, E.: "The modernisation of Law of Obligations Using the Principles of European Contract Law", en AA.VV.: *iUniform rules for euroean contract law*, (coord. Por De Elizalde, F.), Hart, Oxford, 2006.

ROMANO, S.: "Il trasporto di cortesia", *Rivista diritto civile*, 1960, vol. I.

SANTORO PASSARELLI, F.: voce "professioni intellettuali", *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1967, XIV.

SAVATIER, J.: *La profession libérale*, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, Parigi, 1947.

SIRENA, P.: "La scelta dei Principles of European Contract Law (PECL) come legge applicabile al contratto", *Rivista di diritto civile*, 2019.

VENDITTI, A.: "Della responsabilità del vettore nel trasporto amichevole", *Giustizia civile*, 1952.

ZAGO GARELLI, C.: *Il rapporto di fatto con particolare riguardo al rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1964.

