

VII CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI  
UNIVERSITARI  
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"L'INFLUENZA DEL DIRITTO EUROPEO SUL DIRITTO COMMERCIALE ITALIANO: VALORI,  
PRINCIPI, INTERESSI"

Roma, 26-27 febbraio 2016

JACOPO DE LUCA (\*)

### **Professioni intellettuali regolamentate e diritto della concorrenza**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Origini storiche ed evoluzione della figura del professionista intellettuale e dell'ordinamento delle professioni. - 3. Definizione di professione regolamentata: problemi di coordinamento tra D.P.R. 7 agosto 2012, n. 137 e Codice del consumo. - 4. Nozione e natura giuridica di professione intellettuale in Italia: rilevanza dell'organizzazione e differenza giuridica tra professionista intellettuale e imprenditore. - 5. La nozione di impresa rilevante ai fini dell'applicazione della normativa *antitrust* europea: una equiparazione (in termini meramente economici) tra professionista intellettuale e imprenditore. - 6. Sulla conseguente equiparazione compiuta in ambito europeo degli ordini e dei collegi professionali ad associazioni di imprese: critiche dottrinali. - 7. Bilanciamento: applicazione moderata, selettiva e non uniforme delle regole della concorrenza ai professionisti intellettuali.

#### *1. Premessa.*

Una delle più discusse e irrisolte questioni giuridiche avente rilevanza in ambito europeo e all'interno di ciascuno Stato membro riguarda il livello di influenza che il diritto della concorrenza dovrebbe avere nelle specifico settore delle professioni regolamentate.

In proposito, da tempo illustre dottrina ha avvertito la necessità di individuare un bilanciamento tra l'affermazione anche per i professionisti intellettuali dei principi concorrenziali, in termini in parte assimilabili a quelli concernenti le imprese in senso proprio, e i valori, a volte anche di rilievo costituzionale, che nelle professioni possono rilevare<sup>1</sup>. L'esigenza di

---

\* [jacopo.deluca@phd.unibocconi.it](mailto:jacopo.deluca@phd.unibocconi.it) - Dottorando di ricerca in *Business and social law* (diritto dell'impresa) presso l'Università Commerciale Luigi Bocconi, beneficiario di borsa di studio dottorale erogata dalla Fondazione Fratelli Confalonieri di Milano.

<sup>1</sup> In questi termini cfr. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. Angelici e G.B. Ferri, UTET, Torino, 2010, p. 40.

trovare detto bilanciamento è l'obiettivo che la presente indagine si prefigge di raggiungere.

A tal fine, bisognerà anzitutto affrontare la *querelle* insorta in merito alla nozione giuridica di professionista intellettuale ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza alle attività professionali prestate da tale categoria di soggetti e, in secondo luogo, sulla scorta di ciò, trovare il giusto equilibrio tra liberalizzazioni e limitazioni anticoncorrenziali derivanti dalla disciplina normativa italiana in materia di professioni regolamentate nonché dalle disposizioni dei codici deontologici delle singole professioni.

## 2. Origini storiche ed evoluzione della figura del professionista intellettuale e dell'ordinamento delle professioni.

Nel diritto romano si coniò l'espressione *operae liberales*<sup>2</sup> per indicare quelle attività professionali esercitabili esclusivamente da uomini liberi e non da schiavi che si distinguevano dalle *operae illiberales* (o *inhonestes*<sup>3</sup>), a contrario, manuali e dirette esclusivamente all'ottenimento di una mercede<sup>4</sup>. Le *operae liberales* erano prestate per amicizia o solidarietà e non erano riconducibili entro gli schemi della locazione: il soggetto che poneva in essere l'attività, generalmente uomo di alta levatura sociale che non abbisognava di ulteriori somme di danaro per vivere<sup>5</sup>, riceveva dal beneficiario della stessa un *honorarium* in sostituzione della *merces* ricevuta dal prestatore d'opera.

Fu il giurista romano Ulpiano, inoltre, il primo a riportare un elenco delle attività intellettuali (svolte da retori, grammatici, geometri, medici e ostetriche, notai, librai e bibliotecari, addetti a calcoli numerici, giuristi e

---

<sup>2</sup> In senso contrario v. L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, S.E.L., Milano, 1915-1917, p. 40 ss., il quale ritiene che l'espressione *operae liberales* sarebbe estranea al periodo romano nonostante le professioni liberali fossero già nate a quell'epoca.

<sup>3</sup> In tal senso cfr. M.T. CICERONE, *De officiis*, 1, 42, 150.

<sup>4</sup> Per un'approfondita analisi storica della nascita e dello sviluppo progressivo delle professioni intellettuali cfr. G. VENETO, *Le libere professioni: dal protezionismo corporativo alle liberalizzazioni*, Cacucci Editore, Bari, 2007, p. 29.

<sup>5</sup> Così cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto Civile e Commerciale*, a cura di Cicu - Messineo, XXVII, 1, Giuffrè, Milano, 1996, p. 363.

avvocati<sup>6</sup>) che davano diritto a un compenso, distinguendole da quelle per cui, invece, tale compenso era escluso<sup>7</sup>.

E' interessante constatare come, tuttora, nel corpo dell'art. 2233 c.c., per indicare quanto spetti al professionista che ha svolto una determinata attività, si utilizzi il termine compenso. Tale espressione appare ben più vicina all'antico *honorarium* romano che al termine *merces*, a dimostrazione del prestigio e del rispetto che la società attribuisce, ancor'oggi, agli esercenti una professione intellettuale<sup>8</sup>.

Mentre nel diritto romano l'insanabile contrapposizione fra attività strettamente economiche e attività svolte dai professionisti intellettuali scaturiva dalla inestimabilità della prestazione posta in essere dai secondi; in epoca moderna, quella parte della dottrina che continua a ritenere che i professionisti intellettuali costituiscano una categoria giuridica autonoma, soprattutto per l'alto grado di spiritualità che li contraddistingue, ha riconosciuto che la liberalità della professione non esclude che anche tali soggetti traggano i propri mezzi di sostentamento dalla attività professionale svolta.

Tale dottrina ha dovuto altresì assistere con rammarico all'avvento del meccanismo della c.d. «patrimonializzazione<sup>9</sup>» delle professioni

---

<sup>6</sup> Elencazione tratta da E.D. ULPiano, *D.50.13.1.*, nonché da elaborazioni dottrinali successive tra cui, in particolare, v. G. COPPOLA, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo Romano*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 257-258 e 262 ss.

<sup>7</sup> Cfr. G. VENETO, cit. (nt. 4), p. 29, che con sottile ironia sottolinea come l'illustre giurista romano Ulpiano duemila anni fa risolvesse il problema dell'elenco degli albi delle professioni che tormenta attualmente governi, parlamenti e CNEL.

<sup>8</sup> Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Professioni intellettuali*, in *Noviss. dig. It.*, XIV, UTET, Torino, 1968, p. 27, il quale sottolinea come «parlando di compenso (art. 2233 c. civ.) e non di corrispettivo (art. 2222 c. civ.), la legge mette in rilievo la particolare posizione che assume, per sua natura, l'opera intellettuale nei confronti della prestazione del cliente». In quest'ottica, la natura della prestazione d'opera intellettuale escluderebbe la possibilità di valutare l'operato del professionista in precisi termini economici e apparirebbero, quindi, giustificati i riferimenti compiuti dallo stesso art. 2233, comma 2, c.c. al decoro professionale e all'importanza dell'opera svolta ai fini della determinazione del compenso.

In senso contrario v. invece C. LEGA, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 1 ss.; M. BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 234, i quali evidenziano come nelle disposizioni che disciplinano il rapporto d'opera intellettuale siano utilizzati indifferentemente i termini compenso, retribuzione e corrispettivo in quanto dette espressioni non avrebbero un valore assoluto e non contraddistinguerebbero un particolare tipo di rapporto.

<sup>9</sup> M. BUSSOLETTI, cit. (nt. 8), p. 233. Sul declino del c.d. professionista gentiluomo v. anche F. MARINELLI, F. CAROCCIA, *Contratto d'opera e prestazione d'opera intellettuale*, in

intellettuali che ha segnato definitivamente il superamento della figura di professionista intellettuale vigente nel periodo romano. In detta epoca storica, infatti, il ceto professionale era composto da rappresentanti del ceto patrizio che ponevano in secondo piano il compenso economico che si risolveva, dunque, in un mero segno d'onore<sup>10</sup>. Attualmente, invece, i professionisti intellettuali non rappresentano più nella realtà sociale l'apice nella scala del prestigio e la prestazione di una attività intellettuale non assicura più, di per sé, la percezione di un reddito elevato<sup>11</sup>.

Nel tempo, si è peraltro tentato di ricondurre forzatamente le *operae liberales* in una serie di tipi contrattuali che mal si conciliavano con questo tipo di attività<sup>12</sup>, sino ad arrivare alla disciplina del Codice Civile del 1942 che, all'interno del titolo dedicato al lavoro autonomo (libro V, titolo III), ha formulato una specifica disciplina per le professioni intellettuali (capo II) escludendone la natura imprenditoriale in forza della particolare considerazione sociale che tradizionalmente ha caratterizzato le professioni intellettuali<sup>13</sup>.

---

*Trattato di diritto civile del CNN*, diretto da P. Perlingieri, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2013, p. 125.

<sup>10</sup> Sul tema della crescente funzione alimentare assunta dal compenso del professionista v. F. MONTANARI, *Le professioni liberali e la loro posizione nella società contemporanea*, in *Iustitia*, 1951, p. 59; C. LEGA, cit. (nt. 8), p. 1 ss.

<sup>11</sup> In tal senso v. R. DAMENO, *A chi servono gli ordini professionali?*, in *Soc. dir.*, 2000, 2, p. 175.

<sup>12</sup> In proposito cfr. R. SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, Cedam, Padova, 2010, p. 13; M. TICOZZI, *Autonomia contrattuale, professioni e concorrenza*, Cedam, Padova, 2007, p. 13, in cui si evidenziano i tentativi dottrinali tesi all'inquadramento delle *operae liberales* nel contratto di mandato corrispettivo (così v. G.B. FUNAIOLI, *Irresponsabilità e colpa professionale dei medici*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, II, p. 304; M. COMPORZI, *Relazione alla tavola rotonda sulla colpa professionale*, in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, a cura di G. Visintini, Cedam, Padova, 1988, p. 352), in un contratto innominato (così v. E. PACIFICI-MAZZONI e G. VENZI, *Il codice civile italiano commentato*, IV, in *Trattato delle locazioni*, UTET, Torino, 1928, p. 473) o nella locazione.

<sup>13</sup> In tal senso cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, UTET, Torino, 1997, p. 45.

Sulla non estendibilità della natura imprenditoriale ai professionisti intellettuali v. anche C. STOLFI, *Struttura e natura giuridica delle società di professionisti*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I, p. 99 ss., il quale, pur constatando la rilevanza dell'aspetto patrimoniale anche nelle professioni, ritiene che da ciò non possa scaturire un sovvertimento dei valori morali che debbono presiedere all'esercizio delle professioni intellettuali stesse. Dal momento che ai professionisti intellettuali è affidata la cura di interessi personali di altri cittadini, per tale autore apparirebbero giustificati una considerazione e un trattamento differenziati rispetto al fenomeno dell'impresa.

In tema di inconciliabilità fra attività intellettuale e attività economica cfr. altresì C. IBBA, *Professione intellettuale e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 369; F. SANTORO-

Dunque, se è evidente il mancato o quantomeno rallentato adeguamento degli istituti giuridici che caratterizzano la disciplina delle professioni intellettuali rispetto alla nuova considerazione economica e sociale delle professioni stesse (nelle quali ormai emerge, sempre più prepotentemente, uno spirito definito da alcuni come «mercantile<sup>14</sup>»), ancora aperto è, invece, l'interrogativo che verte sulla causa di codesto ritardo.

In riferimento ai gruppi professionali, l'indagine storica sulle loro origini e successive evoluzioni è, invece, finalizzata a comprendere quali siano le funzioni degli ordini e dei collegi professionali alla luce dell'attuale sistema economico-giuridico e a verificare se sia rinvenibile una soluzione di continuità fra le organizzazioni professionali del passato e quelle odierne.

Come è noto, le prime forme di aggregazione professionale riguardarono i medici dell'antica Grecia che erano soliti consociarsi, attraverso il giuramento di Ippocrate, intorno al tempio di Esculapio<sup>15</sup>. Anche se in età romana classica si svilupparono i *colegia opificium* che,

---

PASSARELLI, *Opera (contratto di)*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, UTET, Torino, 1957, p. 987; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 54, i quali osservano che l'attività dei professionisti intellettuali è tecnica e che le opere intellettuali non possono essere ricomprese nei prodotti dell'attività economica.

Contro questa inconciliabilità radicale v. poi G.E. COLOMBO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, III, Cedam, Padova, 1978, p. 20 ss.; G. MARASA', *Le «società» senza scopo di lucro*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 424 ss, i quali negano che il tecnicismo delle prestazioni intellettuali possa comportare una loro mancata inclusione nelle attività economiche.

Per una posizione intermedia v. F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1982, p. 19 s. e 28 ss., il quale ritiene che l'inconciliabilità tra professione intellettuale e attività economica sia da rilevarsi in un vizio di economicità nel sinallagma contrattuale che si instaura nelle attività professionali in quanto, in sede di determinazione del compenso, opera anche il criterio extraeconomico del decoro del professionista.

In senso contrario a tale ultima impostazione v. infine R. FRANCESCHELLI, *Imprese e imprenditori*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 149; F. FARINA, *Esercizio di professione intellettuale ed organizzazione ad impresa*, in *Impresa e società. Scritti in memoria di Graziani*, V, Morano Editore, Napoli, 1968, p. 2107; S. SCOTTI CAMUZZI, *Impresa e società nell'esercizio delle professioni intellettuali*, Vita & Pensiero, Milano, 1974, p. 34; G. SCHIANO DI PEPE, *Le società di professionisti. Impresa professionale e società fra professionisti*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 8 e 17 ss., i quali sottolineano come anche il professionista intellettuale possa incorrere in un rischio economicamente rilevante.

<sup>14</sup> F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, 1, Cedam, Padova, 2004, p. 13.

<sup>15</sup> Per un'accurata disamina storica nonché sulle origini sacerdotali dei gruppi professionali v. P. PISCIONE, *Professioni (disciplina delle)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, p. 1041.

limitando il numero di professionisti ammessi per ogni città, si collegarono per la prima volta all'organizzazione pubblica, solo nel Medioevo i gruppi professionali si organizzarono in corporazioni, dotate di poteri e privilegi anche politici e capaci di controllare il mercato imponendo misure restrittive all'accesso e garantendo posizioni di monopolio e di esclusiva ai soggetti esercenti determinate attività in ambiti territoriali predefiniti<sup>16</sup>.

Questo duraturo equilibrio, in cui i prezzi delle prestazioni professionali erano fissati dalle stesse corporazioni e dove, conseguentemente, venivano a mancare incentivi reali alla concorrenza, si intaccò solo dodici secoli dopo con la legge *Le Chapelier* del 1791 che decretò lo scioglimento delle corporazioni<sup>17</sup>. Sennonché, già nel 1810 Napoleone ricostituì l'ordine degli avvocati, sottoponendolo al controllo dello Stato e realizzando in tal modo la prima forma di disciplina pubblicistica di un gruppo professionale<sup>18</sup>.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, la prima professione protetta (quella degli avvocati e dei procuratori legali), la cui disciplina

---

<sup>16</sup> Per un approfondito esame di detti periodi storici cfr. F. TERESI, voce *Ordini e collegi professionali*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, IV ed., X vol., UTET, Torino, 1997, p. 451, il quale descrive gli organismi corporativi come organizzazioni autonome di fronte allo Stato e costituenti delle vere e proprie «caste privilegiate munite di propri poteri a difesa degli interessi del gruppo»; nello stesso senso cfr. G. LUZZATTO, *Corporazione (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Giuffrè, Milano, 1962, p. 671.

In senso contrario v. invece R. FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1973, p. 172 ss., che si sofferma sulle attività svolte dalle corporazioni nell'interesse dei consumatori: controlli sul processo produttivo e sulla qualità dei beni immessi sul mercato, prevenzione delle crisi da sovrapproduzione e approvvigionamento delle materie prime.

Infine, si veda anche l'analisi compiuta da C. GOLINO, *Gli ordini e i collegi professionali nel mercato, Riflessione sul modello dell'ente pubblico professionale*, Cedam, Padova, 2011, p. 14 s., che sottolinea la presenza di una continuità tra le corporazioni medievali e gli ordini e i collegi professionali attuali per la presenza di requisiti nient'affatto dissimili e, soprattutto, evidenzia come esista un percorso evolutivo comune per molte delle corporazioni scandito in una serie di tappe: la costituzione, da parte di una professione, della propria corporazione che in un secondo momento determina una propria area di attività esclusiva chiedendone il riconoscimento legale.

<sup>17</sup> La legge *Le Chapelier* vietava «ai cittadini di qualsiasi professione [...] di unirsi per eleggere presidenti, segretari e sindaci, formare regolamenti e prendere decisioni sui loro pretesi interessi comuni».

<sup>18</sup> Per un accurato studio di tale trasformazione v. F. TERESI, cit. (nt. 16), p. 451, in cui si descrive come le associazioni professionali «da gruppi sociali organizzati a carattere privato si trasformano, attraverso un provvedimento legislativo o amministrativo statale, in enti pubblici indipendenti e autonomi, sotto la sorveglianza dello Stato e ciò a garanzia della collettività e al contempo a difesa degli interessi dei propri consociati».

costituirà un modello per quella delle altre professioni, venne costituita con legge 8 giugno 1874, n. 1938 ma l'avvento del fascismo non tardò a determinare il trasferimento delle funzioni degli ordini e dei collegi professionali in capo ai sindacati professionali<sup>19</sup>. In tal modo, tramite la rappresentanza e la tutela unitaria delle relative categorie professionali, i sindacati professionali annullarono sostanzialmente l'autonomia delle professioni. Solo col d.lg.lgt. 23 novembre 1944, n. 369 si soppressero i sindacati professionali e si restaurarono i vecchi ordini e collegi professionali che, da allora, si sono moltiplicati in maniera esponenziale e, creando esclusive (o monopoli) e barriere all'ingresso nel settore di lavoro prescelto, non sempre nell'interesse della collettività, hanno limitato il libero accesso e il libero esercizio delle professioni intellettuali.

In conclusione, da un lato, sembrerebbe ravvisabile una certa continuità tra le organizzazioni del passato e quelle odierne, conseguente al riscontro nell'attuale ordinamento delle professioni di caratteristiche tipicamente corporative<sup>20</sup>; dall'altro, è ancora dibattuta la ragione di una disciplina legislativa così favorevole per le professioni intellettuali, soprattutto se paragonata a quella dettata per i soggetti esercenti un'attività di impresa influenzata, invece, profondamente dai dettami scaturenti dalla normativa *antitrust*.

In termini generalissimi, per alcuni autori, la ragione di tale differenza risiederebbe in una sostanziale diseguaglianza tra la figura del

---

<sup>19</sup> Sul punto cfr. sempre F. TERESI, cit. (nt. 16), p. 451, che riporta un elenco delle professioni disciplinate dall'ordinamento italiano facendo seguire alla professione di avvocato, quella di notaio disciplinata con r.d. 25-5-1879, n. 4900, quella di ragioniere disciplinata con l. 15-7-1906, n. 327, quella di sanitario disciplinata con l. 10-7-1910, n. 455 e quella di ingegnere, architetto, perito agrimensore e tecnico disciplinate con l. 24-6-1923, n. 1395.

<sup>20</sup> Al riguardo cfr. C. GOLINO, cit. (nt. 16), p. 23, la quale rileva come lo stesso A. SMITH, *La ricchezza delle Nazioni*, Londra, 1776, criticasse i monopoli occupazionali non estendendo tali considerazioni negative alle professioni in cui, invece, le limitazioni alla concorrenza sarebbero da considerarsi necessarie per assicurare ai professionisti compensi adeguati se parametrati alla delicatezza delle loro funzioni e alla fiducia che i consumatori ripongono in tali soggetti.

Contro l'impostazione che ravvede continuità tra le organizzazioni del passato e quelle attuali v. G. CARRARO, *Riflessioni su professione intellettuale forense, liberalizzazione dei compensi e disciplina contrattuale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 3, 2013, p. 167, che ritrova la differenza costitutiva e ontologica tra ordini professionali e associazioni corporative nell'«indisponibilità, in capo ai componenti degli ordini stessi, di tutte quelle scelte fondamentali che sono proprie viceversa dell'autonomia privata associativa (costituzione, organizzazione, estinzione dell'ente; accesso e ammissione dei membri; destinazione del risultato dell'attività comune)».

professionista intellettuale e quella dell'imprenditore e tra gli ordini e i collegi professionali e le associazioni di imprese<sup>21</sup>; per altri, invece, la differenza di trattamento sarebbe dovuta a una mera volontà positiva del legislatore legata, in gran parte, a ragioni storiche quali la conservazione di un antico privilegio nato nell'*Ancien Régime* e tramandatosi fino ad oggi nonché al radicato prestigio sociale e politico di cui godono i componenti dei ceti professionali<sup>22</sup>.

3. *Definizione di professione regolamentata: problemi di coordinamento tra D.P.R. 7 agosto 2012, n. 137 e Codice del consumo.*

In materia di professioni regolamentate la normativa di riferimento è costituita dalla legge 14 settembre 2011, n. 148 e dal regolamento attuativo della stessa, emanato con D.P.R. 7 Agosto 2012, n. 137 recante la riforma degli ordinamenti professionali che, nell'ottica del legislatore, rappresenta un provvedimento organico e di carattere generale.

Il D.P.R. disciplina gli aspetti più problematici e rilevanti delimitando i soggetti rientranti nella definizione di professione regolamentata, regolando l'accesso e l'esercizio delle attività professionali protette e disponendo in materia di pubblicità, di tirocini e di formazione continua. Sennonché, nonostante gli sforzi legislativi tesi all'emanazione di un provvedimento che avesse valenza generale, permane una problematica non irrilevante e non ancora affrontata in dottrina. Infatti, non può non ravvisarsi come, anche nel Codice del consumo (D.lgs.

---

<sup>21</sup> In tal senso v. G. ALPA, *La nobiltà della professione forense*, Cacucci Editore, Bari, 2004, p. 267, in cui l'autore rileva come nell'ordinamento italiano «la professione intellettuale è configurata come l'espressione di un'attività di lavoro indipendente effettuato in forma autonoma, per il perseguimento di interessi non solo economici, ma anche pubblici».

Sulla differenza tra ordini professionali e associazioni di imprese v., poi, G. CARRARO, cit. (nt. 20), p. 167 s. Detta impostazione è avvalorata in giurisprudenza da un precedente della Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. CEDU, 23 giugno 1981, ric. 6878/75; 7238/75, in *Arrêts et décisions, Série A*, n. 43, par. 64-65, e in *Riv. dir. internaz.*, 1982, p. 588).

<sup>22</sup> In particolare cfr. F. GALGANO, *Diritto commerciale*, Vol. I, Zanichelli, Bologna, 1991, p. 15, il quale nota come la ragione per cui i professionisti intellettuali non possano essere considerati alla stregua di imprenditori risiederebbe in una condizione di privilegio concessa dal legislatore, sulla base di un'antica tradizione, a uno specifico ceto.

V. anche CORTE DI GIUSTIZIA, sentenza 19 Febbraio 2002, procedimento C-309/99 (*Wouters*), reperibile sul sito [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu); CORTE DI GIUSTIZIA, sentenza 28 Febbraio 2013, causa C-1/12, reperibile sul sito [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), nei quali la Corte equipara, ai sensi dell'applicazione della normativa *antitrust*, i professionisti a imprenditori e i regolamenti adottati dagli ordini professionali a decisioni prese da associazioni di imprese.

206/2005), sia presente una definizione di professione regolamentata per certi aspetti configgente con quella del D.P.R.

Nello specifico, l'art. 18, comma I, lett. n) del Codice del consumo<sup>23</sup> e l'art 1 del D.P.R.<sup>24</sup> recano diverse definizioni del concetto giuridico di professione regolamentata creando rilevanti problemi in relazione a quale normativa riferirsi nel caso concreto. Gli approcci prospettabili per risolvere la problematica rilevata sembrerebbero essere tre.

In primo luogo, si potrebbe considerare la definizione prevista nel Codice del consumo implicitamente abrogata dalla sopravvenienza della normativa del D.P.R. in quanto emanata successivamente nel tempo, in attuazione dei principi contenuti nella legge 148/2011 e per di più di contenuto incompatibile. Seguendo tale impostazione, la risoluzione dell'antinomia normativa avverrebbe attraverso l'applicazione del criterio cronologico (in base al quale *lex posterior derogat priori*) e facendo leva su quanto disposto dall'art. 12, comma II, del medesimo D.P.R.<sup>25</sup> che prevede l'abrogazione di tutte le disposizioni regolamentari e legislative incompatibili col decreto.

In secondo luogo, si potrebbero interpretare le due disposizioni normative confliggenti tentando di individuare, per ognuna di esse, un diverso ambito applicativo. Immaginando figurativamente gli ambiti di applicazione delle due normative come due circonferenze di raggio diverso, quella inerente al Codice del consumo sarebbe inclusa nel cerchio di maggior diametro rappresentato dal D.P.R. 7 Agosto 2012, n. 137. Secondo tale impostazione, bisognerebbe tener conto della specialità della definizione recata dal Codice del consumo che continuerebbe a essere

---

<sup>23</sup> L'art 18, comma I, lett. n), cod. cons. reca la seguente definizione di professione regolamentata: «attività professionale, o insieme di attività professionali, l'accesso alle quali e il cui esercizio, o una delle cui modalità di esercizio, è subordinata direttamente o indirettamente, in base a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, al possesso di determinate qualifiche professionali».

<sup>24</sup> L'art. 1 del D.P.R. stabilisce, invece, che: «per professione regolamentata si intende l'attività, o l'insieme delle attività, riservate per espressa disposizione di legge o non riservate, il cui esercizio è consentito solo a seguito d'iscrizione in ordini o collegi subordinatamente al possesso di qualifiche professionali o all'accertamento delle specifiche professionalità».

<sup>25</sup> L'art. 12, comma II, del D.P.R. stabilisce infatti che: «sono abrogate tutte le disposizioni regolamentari e legislative incompatibili con le previsioni di cui al presente decreto, fermo quanto previsto dall'art. 3, comma 5 bis, del decreto-legge 13 Agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 Settembre 2011, n. 148, e successive modificazioni, e fatto salvo quanto previsto da disposizioni attuative di direttive di settore emanate dall'Unione Europea».

utilizzabile nella sole ipotesi in cui il fruitore della prestazione erogata dal professionista sia un consumatore. In tal modo, al fine della risoluzione dell'antinomia, potrebbe prospettarsi l'utilizzo del criterio di specialità in forza del quale *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.

Si potrebbe, infine, ipotizzare la mera sussistenza concorrente e antinomica di entrambi i disposti di legge sulla base del presupposto che l'ambito di applicazione delle due normative sarebbe esattamente lo stesso essendo entrambe tese, in ultima istanza, alla difesa del consumatore.

Se si segue l'interpretazione più scomoda ma anche più realistica, ovvero sia la terza, le problematiche risultano evidenti perché, a seconda che si faccia riferimento all'una piuttosto che all'altra disposizione normativa, mutano i presupposti definatori della nozione di professione regolamentata.

Anzitutto infatti, mentre *ex art. 18, comma I, lett. n), cod. cons.* rientrano nella categoria di professione regolamentata le attività o gli insiemi di attività «professionali», nell'art. 1 del D.P.R. tale specificazione manca essendo, piuttosto, previsto un più generico riferimento alle attività o all'insieme di attività (senza l'aggiunta di alcun tipo di aggettivazione) lasciando l'interprete di fronte a uno scomodo bivio: ritenere il termine professionale sottinteso e, di conseguenza, applicabile in via interpretativa in quanto implicitamente previsto o, piuttosto, includere nell'ambito definitorio qualsiasi tipo di attività anche di tipo non prettamente professionale. Da preferire, quantomeno per la maggior chiarezza del dettato normativo, appare indubbiamente il disposto del Codice del consumo.

In secondo luogo, la disposizione dell'art. 1 del D.P.R. prosegue con una specificazione inappropriata prevedendo che le attività rientranti nella definizione di professione regolamentata siano «riservate per espressa disposizione di legge o non riservate». L'utilizzo dell'aggettivo riservate fa sorgere rilevanti problemi interpretativi. Infatti, non appare condivisibile la scelta legislativa volta a ricomprendere nel corpo dell'art. 1 del D.P.R. le sole attività riservate dimenticando di includere espressamente le altre due tipologie di attività inerenti all'esercizio di una professione intellettuale: quelle tipiche e quelle esclusive<sup>26</sup>. Ebbene, le attività tipiche

---

<sup>26</sup> Le prestazioni poste in essere da professionisti intellettuali possono esser distinte in tre tipologie: in primo luogo, le prestazioni cc.dd. esclusive che possono essere compiute solamente (*rectius*, esclusivamente) da professionisti iscritti in un determinato albo

potrebbero essere fatte rientrare nella dicitura del decreto in via interpretativa: queste sarebbero, in effetti, delle attività non riservate in quanto esercitabili da professionisti iscritti o non all'albo professionale purché in possesso del titolo di studio corrispondente. Più complesso sarebbe, invece, far rientrare nel disposto dell'art. 1 le attività esclusive. La loro inclusione si potrebbe raggiungere solo qualora l'interprete intendesse il disposto regolamentare nel senso che il legislatore, riferendosi testualmente alle attività riservate, avrebbe a maggior ragione ricompreso implicitamente nella definizione anche le attività esclusive che, rispetto alle prime, presentano l'ulteriore presupposto di poter essere compiute dai soli professionisti iscritti ad uno specifico albo professionale (e non concorrentemente con altre tipologie di professionisti).

Sembrerebbe appropriata, invece, la differente precisazione contenuta nell'art. 18, comma I, lett. n), cod. cons., che, nel delineare l'ambito delle limitazioni all'attività dei professionisti protetti, non si limita a prevedere (a differenza del D.P.R.) il solo «esercizio» delle attività a seguito di «iscrizione» ma va oltre, includendo nella definizione anche le limitazioni all'«accesso» (termine sicuramente ben più ampio della semplice iscrizione) o ad una mera «modalità di esercizio» delle attività stesse.

Inoltre, sempre in tema di limitazioni alle attività dei professionisti appartenenti a una professione regolamentata, mentre il D.P.R. prevede che tali attività possano essere prestate solo in seguito all'iscrizione del professionista «in ordini o collegi» in subordine «al possesso di qualifiche professionali», l'art 18, comma I, lett. n), cod. cons. dispone, in maniera più ampia, che l'attività sia subordinata, non solo direttamente ma anche «indirettamente», sulla base di «disposizioni legislative, regolamentari o amministrative al possesso di determinate qualifiche professionali». Sul punto, da un lato, appare evidente la maggiore capacità inclusiva della disposizione contenuta nel Codice del consumo nel prevedere limitazioni non solo dirette ma anche indirette e, dall'altro, è da apprezzare la spiccata

---

professionale; all'estremo opposto, le prestazioni cc.dd. tipiche che possono essere compiute da professionisti iscritti e non iscritti all'albo professionale corrispondente purché in possesso, in ogni caso, del titolo professionale e delle competenze necessarie per porre in essere l'attività stessa; in terzo luogo, in una posizione intermedia, le prestazioni cc.dd. riservate che possono essere poste in essere, in concorrenza tra loro, da professionisti appartenenti a diverse professioni regolamentate e quindi iscritti in differenti albi professionali.

completezza dello stesso art. 18, comma I, lett. n), il quale specifica che le qualifiche professionali, che devono essere necessariamente possedute dal professionista nel caso concreto, siano previste in base a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative.

Tale precisazione non è rinvenibile nel D.P.R. che, all'opposto, prevede un criterio ulteriore, alternativo al possesso di determinate qualifiche professionali: l'iscrizione all'albo potrà essere subordinata altresì «all'accertamento delle specifiche professionalità». Quest'ultimo criterio appare discutibile visti anche i risvolti pericolosamente discrezionali che un accertamento di tal specie, vertente pertanto sul possesso delle precise attitudini tecniche e della necessaria preparazione professionale, può comportare se non fondato su parametri tendenti a massimizzare l'oggettività della valutazione e l'imparzialità del soggetto giudicante. Infatti, mentre il possesso di qualifiche professionali appare un criterio affidabile e oggettivo (in quanto il loro mero possesso garantirebbe una sorta di diritto all'iscrizione in capo al professionista) e rappresenta una limitazione della concorrenza proporzionale al raggiungimento dell'obiettivo di garanzia della qualità dei servizi prestati, l'accertamento delle specifiche professionalità introduce una dose di incertezza nel sistema del D.P.R.

Sorge spontanea la questione di quali debbano essere i requisiti su cui si fonda detto accertamento. Si ritiene che il controllo non potrà fondarsi sul possesso delle qualifiche professionali da parte del professionista, ma dovrà essere caratterizzato dall'utilizzo di criteri diversi e indipendenti dal precedente. Ciò in quanto, ove l'accertamento fosse incentrato sul possesso delle qualifiche professionali, tale tipo di controllo diverrebbe una mera ripetizione del precedente (essendo fondato sul medesimo presupposto) e si eluderebbe la volontà del legislatore che ha dettato i due criteri come alternativi (come dimostrerebbe l'utilizzo della congiunzione disgiuntiva «o» nel corpo dell'art. 1 del D.P.R.). Ne deriverebbe che sembrerebbe essere di cruciale importanza che tale ultimo accertamento sia strutturato sul riscontro di una serie di requisiti (o meglio saperi) minimi in capo al soggetto che richiede l'iscrizione e, in secondo luogo, che tale controllo venga effettuato da un soggetto imparziale, terzo e che non viva con riluttanza l'ingresso di nuovi concorrenti nel mercato.

Alla luce di quanto evidenziato, in attesa del formarsi di precisi orientamenti sulla tematica delle incongruenze tra le due normative

appena illustrate ovvero di specifiche sentenze delle corti di merito sull'argomento, considerando la lacunosità e la scarsa precisione rinvenibile nel dettato del D.P.R., sembrerebbe auspicabile quanto meno che l'art. 18, comma I, lett. n), cod. cons. venisse utilizzato in futuro per integrare e colmare, in via interpretativa, la disciplina dell'art. 1 del D.P.R. piuttosto che essere abrogato e surclassato nella sua interezza da una disposizione quanto mai approssimativa.

4. *Nozione e natura giuridica di professione intellettuale in Italia: rilevanza dell'organizzazione e differenza giuridica tra professionista intellettuale e imprenditore.*

Dopo aver individuato le problematiche nascenti dalla presenza, nel nostro ordinamento, di plurime definizioni della categoria giuridica di professione regolamentata, è ora opportuno chiedersi cosa debba intendersi per professione intellettuale.

Ebbene, come è noto, il capo II, titolo III, libro V, del Codice Civile, intitolato alle professioni intellettuali, disciplina quelle attività autonome tradizionalmente definite con la formula professioni liberali. Nel capo secondo non è, tuttavia, possibile pervenire alcun tipo di definizione dell'espressione suddetta<sup>27</sup>. I confini e il contenuto tipico dell'espressione devono essere, di conseguenza, tratti dalla considerazione del fenomeno nell'ordinamento giuridico<sup>28</sup>.

Nel tentativo di delineare l'ambito applicativo della disciplina codicistica è necessario, dunque, delimitare contenutisticamente il significato del termine professione intellettuale tipizzandone gli aspetti

---

<sup>27</sup> Così v. G. GIACOBBE, voce *Professioni intellettuali*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, 1987, p. 1066; R. SALOMONE, cit. (nt. 12), p. 14, in cui l'autore nota come «l'esplicita qualificazione legislativa non può essere considerata elemento risolutivo per individuare la fattispecie: né con riferimento alle indicazioni contenute nel codice, che adotta terminologie vaghe e diverse già all'interno del capo II, né con riguardo alla composita legislazione speciale».

<sup>28</sup> Così v. M. MAGNANI, *Lavoro autonomo e riforma dei servizi professionali alla luce delle disposizioni comunitarie*, in Mainardi, Carinci, *Lavoro autonomo e riforma delle professioni*, Cedam, Padova, 2008, p. 3; C. IBBA, *Sulla riforma delle libere professioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 166 ss., che nota come già nel linguaggio comune parlando di professioni, libere professioni o professioni intellettuali si evochi una realtà dai contorni e confini giuridicamente non propriamente tracciati che ne favoriscono, talvolta, interpretazioni estensive.

caratterizzanti, non essendo, d'altra parte, possibile risolvere il problema utilizzando un criterio meramente nominalistico<sup>29</sup>.

Ciò rilevato, il professionista intellettuale è colui che svolge una attività umana qualificata per la presenza di due requisiti: professionalità e intellettualità<sup>30</sup>. Il requisito della professionalità, che corrisponde più all'attività che all'atto, denota il profilo della stabilità, continuità e sistematicità dell'esercizio della attività<sup>31</sup>. Tale requisito non pare essere richiesto, invece, nel lavoro autonomo in genere<sup>32</sup>.

L'altro elemento caratterizzante è, per la dottrina maggioritaria<sup>33</sup>, l'intellettualità intesa come espressione della produzione intellettuale del soggetto: l'elemento qualificante dell'opera intellettuale deve essere identificato nella sua natura di creazione intellettuale<sup>34</sup>. Solo il carattere

---

<sup>29</sup> Si veda C. GOLINO, cit. (nt. 16), p. 36, che osserva come l'idea di basarsi su tale criterio (attribuendo valore alla circostanza che il legislatore abbia o meno denominato una attività come professione intellettuale) vada scartata a causa della imprecisione semantica legislativa: il termine professione intellettuale (nel settore normativo che ci interessa) non compare mai, mentre il termine professione è utilizzato, senza distinzioni, per indicare attività intellettuali, manuali, imprenditoriali e non imprenditoriali.

<sup>30</sup> In tal senso v. G. GIACOBBE, cit. (nt. 27), p. 1066. Cfr. anche C. MAVIGLIA, *Professioni e preparazione alle professioni*, Giuffrè, Milano, 1992, che ricostruisce il tentativo fallimentare di alcuni interpreti che provarono a individuare i caratteri sostanziali dell'attività professionale facendo leva, da un lato, sul carattere autonomo dell'attività (non considerando, però, che alcune professioni possono essere svolte nel quadro di rapporti di lavoro subordinati) e, dall'altro, sull'appartenenza necessaria a una organizzazione (che contraddistingue, però, solo una parte delle professioni liberali non ricomprendendo le professioni non regolamentate).

<sup>31</sup> In senso contrario v. G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 5 ss.; A. TORRENTE, *La prestazione d'opera intellettuale*, in *Riv. giur. lav.*, 1962, I, p. 4; R. SCOGNAMIGLIO, *Personalità umana e tutela costituzionale delle libere professioni*, in *dir. fam.*, 1973, pp. 803 ss.; M. BUSSOLETTI, cit. (nt. 8), p. 120 ss., i quali intendono la professionalità come un carattere normale ma non necessario delle professioni intellettuali, non essendovi differenze in termini di disciplina dovute al carattere stabile od occasionale della prestazione.

<sup>32</sup> In tal senso v. F. SANTORO-PASSARELLI, cit. (nt. 8), p. 24. V. anche R. SALOMONE, cit. (nt. 12), p. 15 s., per una chiara definizione del requisito della professionalità.

<sup>33</sup> Cfr. G. GIACOBBE, cit. (nt. 27), p. 1066; R. SALOMONE, cit. (nt. 12), p. 16; C. IBBA, cit. (nt. 28), p. 166 ss.; *contra* v. P. SPADA, voce *Impresa*, nel *Digesto comm.*, IV ed., VII, Utet, Torino, 1990, il quale è molto scettico al riguardo in quanto ritiene che la categoria delle professioni intellettuali abbia una mera identità storica. Questa tesi acquisterebbe rilievo se si interpretasse storicamente l'art. 33, comma 5, Cost.: la prescrizione costituzionale dovrebbe riguardare, in tale ottica, solo le professioni già considerate tali e disciplinate al momento dell'entrata in vigore della costituzione e le nuove attività professionali con caratteristiche analoghe alle precedenti.

<sup>34</sup> In questi termini v. G. GIACOBBE, cit. (nt. 27), p. 1066 s.

intellettuale della prestazione, determinato dalla necessità di scovare la soluzione di un problema, giustifica l'esistenza dei titoli di studio, dell'iscrizione in albi e della disciplina in ordini e collegi che, in tal senso, sembrerebbero essere funzionali alla tutela di un interesse generale (a garanzia, dunque, della buona qualità della prestazione)<sup>35</sup>.

Senonché un momento intellettuale è constatabile, praticamente, in tutte le attività lavorative<sup>36</sup>. Di conseguenza, la componente intellettuale dovrà possedere, se collegata all'esperimento di una professione intellettuale, due requisiti aggiuntivi: da un lato, la sua prevalenza rispetto alle altre componenti dell'attività e, dall'altro, il non essere componente meramente interna al soggetto (conoscenze necessarie per fornire una determinata prestazione) concretizzandosi, piuttosto, nella prestazione offerta al cliente (ad esempio: il parere e le memorie dell'avvocato o il progetto di architetti e ingegneri)<sup>37</sup>.

In conclusione, la disciplina delle professioni intellettuali si applica quando vi siano prestazioni a contenuto prevalentemente intellettuale che siano anche (per parte della dottrina) caratterizzate da professionalità<sup>38</sup>, a prescindere dall'utilizzo del c.d. criterio del rischio<sup>39</sup>, dal sussistere di altri

---

<sup>35</sup> Così v. C. IBBA, cit. (nt. 28), p. 173. Sulla necessità che le prestazioni intellettuali implicino sempre la soluzione di un problema sulla base di un sapere v. anche N. IRTI, *Gli errori dell'Antitrust sulle libere professioni*, in *Italia oggi*, 14 ottobre 1997, p. 27. Cfr. infine G. MARASA', *Società tra professionisti e impresa*, in *Riv. not.*, 1997, p. 1347, in cui l'autore sottolinea che la peculiarità della prestazione intellettuale è quella di «implicare sempre la soluzione di un problema sulla base di un sapere e, quindi, di rilevare un contenuto creativo o inventivo» essendo «una prestazione che confronta un sapere a un problema».

<sup>36</sup> In tal senso v. G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1982, p. 114. Sul fatto che quasi tutte le attività lavorative richiedono l'uso dell'intelletto v. anche G. MARASA', cit. (nt. 35), p. 1347.

<sup>37</sup> Così v. C. IBBA, cit. (nt. 28), p. 171; ID., *La categoria "professione intellettuale"*, in *Le professioni intellettuali*, a cura di Ibba, Latella, Piras, De Angelis, Macri', UTET, Torino, 1987, p. 17; in senso contrario v. ancora P. SPADA, cit. (nt. 33), par. 7, il quale peraltro non concorda sul ruolo qualificante della intellettualità della prestazione ritenendo, come detto, che la classe delle professioni intellettuali abbia un'identità meramente storica.

<sup>38</sup> In tal senso v. ancora F. SANTORO-PASSARELLI, cit. (nt. 8), p. 24; L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in *Trattato di dir. civ. it.* diretto da Vassalli, Utet, Torino, 1960. *Contra* v. anche l'orientamento della dottrina penalistica che ritiene perfezionato il reato di cui all'art. 348 c.p. anche nell'ipotesi in cui sia stata posta in essere una sola prestazione (tra tutti v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, II, Giuffrè, Milano, 1977, p. 791).

<sup>39</sup> Tale ultimo criterio (basato sul presupposto che il rischio del risultato graverebbe solo sul lavoratore autonomo e non sul professionista intellettuale) è stato elaborato da autorevole dottrina tra cui v. L. DE LITALA, *Il contratto di lavoro autonomo con riferimento alle professioni intellettuali*, in *Mass. giur. lav.*, 1960, p. 278 ss.; L. RIVA SANSEVERINO, *Del*

caratteri delle professioni intellettuali quali la personalità e la discrezionalità delle prestazioni<sup>40</sup> e, infine, dalla previsione di albi o elenchi obbligatori<sup>41</sup>.

Ciò detto, è necessario soffermarsi sulla natura (imprenditoriale o meno) dell'attività del professionista intellettuale nell'ordinamento giuridico italiano così da comprendere sino a che punto sia necessario estendere l'applicazione della normativa *antitrust*, dettata specificatamente per gli imprenditori, anche alle attività compiute da professionisti e alle decisioni adottate dagli ordini e collegi professionali. Il problema è quello dell'«attività del professionista intellettuale come possibile materia della forma dell'impresa<sup>42</sup>» e la sua soluzione è strettamente legata, oltre che all'esegesi dell'art. 2238 c.c.<sup>43</sup>, alla individuazione dei caratteri dell'attività

---

*lavoro autonomo*, nel *Commentario cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1969, p. 210.

Contro tale impostazione v. invece F. SANTORO-PASSARELLI, cit. (nt. 8), p. 24, che osserva la scarsa rilevanza di tale criterio in quanto anche l'obbligazione del professionista può tendere a un risultato. *Contra* v. anche A. TORRENTE, *Sub art. 2230*, in *Commentario cod. civ.*, Libro V, tomo II, Utet, Torino, 1962, p. 27.

<sup>40</sup> In tal senso vedi F. SANTORO-PASSARELLI, cit. (nt. 8), p. 23, che analizza come si tratti di caratteristiche presenti anche in attività diverse dalle professioni intellettuali. Così v. anche R. SCOGNAMIGLIO, cit. (nt. 31), p. 801 ss. e A. TORRENTE, cit. (nt. 39), p. 26.

<sup>41</sup> Tra quanti sostengono la possibilità di includere nell'ambito delle professioni intellettuali solo quelle per le quali sono previsti albi o elenchi v. B. CAVALLO, *Lo status professionale*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 209 s. e 216; C. LEGA, *La libera professione*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 5 e 8 ss.

*Contra* in giurisprudenza v. CORTE DI CASS., 10 aprile 1980, n. 2305, in *Rep. giust. civ.*, 1980, voce «lavoro autonomo», n. 7, in *Mass. giust. civ.*, 1980, fasc. 4; CORTE COST., 22 gennaio 1976, n. 17, in *Riv. dir. lav.*, 1976, II, p. 47; in dottrina v., invece, G. CATTANEO, cit. (nt. 31), p. 9; A. TORRENTE, cit. (nt. 39), p. 27; F. GALGANO, *L'imprenditore*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubb. dell'ec.* diretto da Galgano, II, Cedam, Padova, 1978, p. 38 s.

<sup>42</sup> M. RESCIGNO, *Struttura giuridica delle società di professionisti*, in *Le società di professionisti*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 49 ss.

<sup>43</sup> In tema di interpretazione dell'art. 2238, comma 1, c.c., la dottrina dominante ritiene la disposizione riferibile alle sole ipotesi di inserimento di una attività professionale in un'attività già di per sé imprenditoriale (così v. per tutti F. GALGANO, cit. (nt. 41), p. 28 s.; C. LEGA, cit. (nt. 8), p. 584 s.; S. SCOTTI CAMUZZI, cit. (nt. 13), pp. 13 e 42 s.). Da una lettura congiunta del primo e del secondo comma del medesimo articolo, tali autori giungono a ritenere che la professione intellettuale in sé non dia mai luogo a impresa.

Questa impostazione è stata criticata da quanti ritengono che, se fosse effettivamente valida l'interpretazione proposta dalla dottrina dominante, l'art. 2238, comma 1, c.c. sarebbe inutile perché stabilirebbe la soggezione alla normativa degli imprenditori di attività che sono già imprenditoriali in senso tecnico (così v. F. FARINA, cit. (nt. 13), p. 2110 s.; E. ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 161).

professionale e al loro confronto con gli elementi costitutivi della fattispecie impresa<sup>44</sup>.

Caratteristica fondamentale riscontrabile nella disciplina legislativa interna in materia di libere professioni è il mancato assoggettamento di queste ultime alla disciplina concorrenziale appositamente dettata per le attività imprenditoriali. Ciò in quanto il pieno operare dei meccanismi di mercato, nello specifico settore delle professioni regolamentate, non garantirebbe la massimizzazione del benessere sociale, il cui perseguimento giustificerebbe, per contro, l'introduzione di una serie di strumenti di regolamentazione concernenti l'accesso alla professione, le tariffe e la pubblicità<sup>45</sup>.

In effetti, sia nell'art. 2238 c.c. sia nella Relazione al Codice Civile, si esclude che le norme dettate per le attività d'impresa possano applicarsi alle professioni intellettuali<sup>46</sup>, non derivando l'esclusione dalla mancanza

---

Superano tale critica, in primo luogo, F. GALGANO, cit. (nt. 41), p. 29, che espressamente evidenzia come «la circostanza che essi siano, al tempo stesso, professionisti intellettuali non impedisce – questo è il senso dell'art. 2238 comma 1 – di considerarli imprenditori» e, in secondo luogo, G. OPPO, cit. (nt. 36), p. 109 ss., che interpreta il comma 1 dell'art. 2238 c.c. nel senso che l'esercizio della professione non vale a togliere al professionista intellettuale quella qualità di imprenditore che gli deriva dalla più ampia attività che gestisce.

Altra parte della dottrina giunge alla conclusione della possibile imprenditorialità delle attività professionali seppur seguendo due strade distinte: da una parte c'è chi individua la fattispecie dell'art. 2238, comma 1, c.c. non in una attività professionale inserita in una diversa attività organizzata ma nell'attività professionale organizzata essa stessa secondo forme imprenditoriali (così v. F. FARINA, cit. (nt. 13), p. 2095; E. ZANELLI, cit. (in questa nota), p. 160 ss.); dall'altra, si è ritenuto che la norma abbia un significato neutro, di mero rinvio: non avrebbe la funzione di indicare in quali fattispecie l'attività professionale dia luogo ad impresa e in quali no, ma piuttosto di affermare che se v'è impresa si applica lo statuto dell'imprenditore, spettando poi all'interprete la qualificazione delle singole fattispecie (così v. fra tutti v. G. SCHIANO DI PEPE, *Spunti per una riflessione in tema di società tra professionisti*, in *Riv. not.*, 1976, p. 987).

<sup>44</sup> In tal senso v. C. IBBA, cit. (nt. 13), p. 363 ss.

<sup>45</sup> In tal senso v. G. GHIDINI, V. FALCE, *Riserve e concorrenza nell'esercizio delle libere professioni: adelante, con iudicio*, in *Dir. ind.*, 2005, n. 4, p. 386; A. FLETCHER, *The liberal professions: getting the regulatory balance right*, in *European Competition Law Annual*, 2004, *The Relationship Between Competition Law and (Liberal) Professions*, Ehlermann - Atanasu, p. 73 ss.

<sup>46</sup> L'art. 2238 c.c. nel disporre, infatti, che «se l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma di impresa, si applicano anche le disposizioni del titolo II» esclude che normalmente il libero professionista assuma la qualità di imprenditore (sul punto cfr. A.M. LEOZAPPA, *Professioni intellettuali e legislazione speciale: spunti per una riflessione*, in *Riv. Not.*, 2002, P. 1086); mentre la Relazione al Codice Civile stabilisce che «il codice fissa il principio che l'esercizio di una professione non costituisce di per sé esercizio di un'impresa, neppure quando

dei requisiti stabiliti dall'art. 2082 c.c.<sup>47</sup> quanto, secondo alcuni autori, da una libera scelta legislativa operata considerando la particolare condizione sociale che tradizionalmente caratterizza le professioni intellettuali<sup>48</sup>. La distinzione tra professionista intellettuale e imprenditore sembrerebbe essere dunque, per parte della dottrina e della giurisprudenza<sup>49</sup>, strutturata sulla base di elementi qualitativi attenendo allo *status* professionale del produttore e non alle dimensioni o alla posizione

---

l'espletamento dell'attività professionale richiede l'impiego di mezzi strumentali e dell'opera di qualche ausiliario».

<sup>47</sup> In tal senso v. G. OPPO, *Antitrust e professioni intellettuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 123 ss., che include nella definizione di impresa ex art. 2082 c.c. anche le professioni intellettuali; così v. anche C. IBBA, *Professioni intellettuali e diritto commerciale*, in *IBBA, Latella, Piras, De Angelis, Macri', Le professioni intellettuali*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Utet, Torino, 1987, p. 267 ss.; da ultimo cfr. infine A. FIALE, *Manuale di diritto commerciale*, Edizioni giuridiche Simone, Napoli, 2014, p. 14.

*Contra v.*, invece, G. CARRARO, cit. (nt. 20), p. 169, che espone come nell'accezione di professione intellettuale sia sotteso, non tanto, il concetto di produzione quanto di creazione. «Il risultato dell'attività del professionista intellettuale, per lo meno per una sua parte maggiore o minore, non è di natura empirica e reale nel senso in cui lo sono gli oggetti fisici o i comportamenti nei quali si sostanzia invece la produzione di beni o, rispettivamente, di servizi dell'imprenditore».

<sup>48</sup> Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Le società fra professionisti*, in *Diritto privato comunitario-lavoro impresa e società* a cura di Rizzo, Esi, Napoli, 1997, II, p. 518 ss.; ID., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2010, p. 19, il quale ritiene che il legislatore abbia accordato un privilegio ai professionisti intellettuali in forza della particolare considerazione sociale che tradizionalmente li circonda.

Cfr. anche P. SPADA, *Diritto commerciale II. Elementi*, Cedam, Padova, 2009, p. 48, il quale ravvede nell'immunità dei professionisti intellettuali dallo statuto dell'imprenditore un privilegio di classe di origine medievale scaturente dalla eccellenza del lavoro prestato da tale classe sociale.

In senso parzialmente contrario, v. G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 16, secondo i quali la predetta immunità deriverebbe invece da un privilegio originatosi dalla storica preponderanza dei professionisti intellettuali negli organi legiferanti oppure da una forma di tutela della clientela. Tali ultimi autori peraltro ritengono che, ad oggi, giustificare l'incompatibilità tra disciplina dell'impresa e professioni intellettuali sulla base di una apposita scelta del legislatore sarebbe oramai in contrasto con il dato normativo.

<sup>49</sup> In tal senso v. F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, in *Contratto e impresa - Europa*, 1997, n. 1, p. 3, in cui l'autore nota come nell'ordinamento italiano il medico o l'avvocato restino tali se limitano la loro attività alla prestazione di servizi sanitari o legali a prescindere dalle dimensioni assunte dalla loro organizzazione professionale e in forza di una sorta di immunità che li esonera dall'applicabilità dello statuto dell'imprenditore.

In giurisprudenza v. invece CONS. STATO, 28 maggio 1982, n. 529, in *Foro it.*, 1983, III, c. 346, in cui si osserva come «la possibilità di organizzare secondo i criteri dell'impresa collettiva i servizi sanitari non importa la riconducibilità dell'attività sanitaria di tipo professionale al modo di essere dell'attività imprenditoriale».

funzionale che l'organizzazione assume nel processo produttivo rispetto all'attività personale della persona fisica.

Per contro, altri autori ritengono che sia sulla base della presenza o meno del requisito dell'organizzazione aziendale che il Codice Civile distingue l'attività di impresa dall'attività di lavoro autonomo di qualsiasi genere, in cui rientra a pieno titolo il lavoro autonomo intellettuale<sup>50</sup>. Ne deriverebbe che le norme sull'impresa si applicherebbero ai professionisti intellettuali solo allorché la professione costituisca elemento di una attività organizzata in forma di impresa, o meglio quando il professionista intellettuale svolga un'ulteriore attività, definibile quale impresa, rispetto alla quale la prestazione intellettuale si ponga come un semplice elemento<sup>51</sup>.

Seguendo tale ultima impostazione, la distinzione tra professionista e imprenditore non dovrebbe dipendere dalla qualità dei servizi prestati ma piuttosto essere rintracciabile proprio attraverso un approfondito

---

<sup>50</sup> In tal senso v. G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 594.

Per una approfondita disamina del requisito dell'organizzazione aziendale in riferimento ai professionisti intellettuali v. G. MARASA', cit. (nt. 35), p. 1349. Secondo tale autore vi sarebbe un criterio sostanziale alla base della favorevole considerazione legislativa della professione intellettuale che dovrebbe ritenersi giustificata in forza delle particolari dignità e responsabilità nonché della specialità dovuta alla personalità della prestazione. Sulla scorta di tale ultima impostazione, la natura intellettuale della prestazione erogata dal professionista escluderebbe la rilevanza del requisito dell'organizzazione ai fini del risultato produttivo e perciò al professionista non sarebbe attribuibile la qualifica di imprenditore a meno che egli non la acquisisca sulla base di altre attività collegate a quella prettamente professionale.

<sup>51</sup> In proposito v. F. GALGANO, *Professioni intellettuali, impresa, società, in contratto e impresa*, 1992, p. 2; ID., cit. (nt. 49), p. 3, in cui l'autore propone, inoltre, il tipico esempio del medico che gestisce anche una casa di cura. Nello stesso senso v. anche C. IBBA, D. LATELLA, P. PIRAS, P. DE ANGELIS, C. MACRI', *Le professioni intellettuali*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Utet, Torino, 1987, p. 4.

Interessante è poi la posizione di G.F. CAMPOBASSO, cit. (nt. 48), p. 518 ss., il quale ritiene che il professionista intellettuale che si limiti a svolgere la propria attività, non diventi mai imprenditore anche se si avvale di una organizzazione complessa di capitale e/o lavoro.

In giurisprudenza cfr. CORTE DI CASS., 17 dicembre 1986, n. 7668, in *Mass. Foro it.*, 1986; TRIB. BARI, 13 gennaio 1984, in *Prev. soc.*, 1984, p. 567; TRIB. AVELLINO, 13 agosto 1953, in *Foro it.*, 1954, I, c. 689. In tema di case di cura la sentenza della Cassazione nota come queste siano vere e proprie imprese industriali, in quanto dotate di una complessa organizzazione tecnica e svolgenti, oltre all'attività sanitaria di cura e assistenza dei malati, un'attività ricettiva, proponendosi un fine di lucro attraverso la predisposizione di servizi a terzi.

esame del requisito dell'organizzazione<sup>52</sup>. In riferimento alle tesi che fondano la distinzione tra professione intellettuale e impresa sul diverso rilievo dell'organizzazione nelle due fattispecie si è parlato di concezione quantitativa<sup>53</sup> in contrapposizione a quella qualitativa che fa leva, invece, sulla diversa natura dell'attività intellettuale rispetto alle attività economiche. Alla stregua di ciò, sembrerebbe possibile prospettare una differenziazione tra professionista intellettuale e imprenditore sulla base della presenza o meno di una organizzazione rilevante<sup>54</sup>.

Con ciò si intende quella organizzazione che prevarica il soggetto che l'ha posta in essere. Elemento qualificante dell'impresa è, infatti, che l'attività si espliciti in un organismo economico avente una propria autonomia economica e, dunque, una propria funzionalità a prescindere

---

<sup>52</sup> In dottrina è discusso, in primo luogo, se l'elemento dell'organizzazione sia effettivamente essenziale nella fattispecie dell'impresa e, in secondo luogo, quale sia il minimo di organizzazione richiesto.

Parte della dottrina ritiene che l'organizzazione implichi necessariamente una pluralità di persone fisiche giustificando in tal modo una differenziazione tra professionisti e imprenditori (così v. M. GHIDINI, *La disciplina giuridica dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 15 ss. e 141 ss.).

Altri autori fanno dipendere la non imprenditorialità delle attività professionali dalla mancanza di una organizzazione dei fattori della produzione. Questa ultima dottrina ritiene che sia impossibile che l'attività puramente intellettuale possa essere organizzata in quanto attività troppo intimamente legata al soggetto per essere suscettibile di una organizzazione (così v. P. BARILE, F. MEREU, M. RAMAT, *Diritto commerciale, nel Corso di diritto*, III, La nuova Italia, Firenze, 1979, p. 6; L. SALIS, *L'imprenditore civile*, in *Dir. e giur.*, 1948, p. 110).

Altra parte della dottrina, infine, partendo dal postulato che il livello organizzativo degli studi professionali non sia sempre inferiore a quello di una impresa, non ritiene che una diversa considerazione dei professionisti intellettuali rispetto agli imprenditori possa dipendere dal requisito organizzativo (così v. F. FARINA, cit. (nt. 13), p. 2103 ss.; F. GALGANO, cit. (nt. 41), p. 47 ss.; G. SCHIANO DI PEPE, cit. (nt. 13), p. 15 ss.).

<sup>53</sup> In riferimento alla concezione quantitativa è interessante sottolineare quanto rilevato da C. IBBA, cit. (nt. 13), p. 374, il quale distingue la suddetta concezione in due sottocategorie: la prima di carattere meramente quantitativo (basata sulle dimensioni dell'organizzazione); la seconda di carattere anche qualitativo (basata sulla posizione funzionale che l'organizzazione assume nel processo produttivo rispetto all'attività personale del professionista).

<sup>54</sup> Così v. G. MUSOLINO, *Professioni intellettuali e impresa: la cd. cessione di clientela di uno studio professionale*, in *Notariato*, 2010, p. 388, in cui l'autore nota come nelle professioni intellettuali, l'impiego di un complesso organizzato di elementi personali e reali presenti un carattere accidentale o accessorio. Per questo, l'organizzazione non inciderebbe sull'essenza dell'attività del professionista ma servirebbe solo ad agevolare il compimento di attività personali.

*Contra* v. F. GALGANO, cit. (nt. 41), p. 18 ss., che respinge tale impostazione quantitativa ritenendo che nel sistema del Codice Civile possa esservi impresa anche senza organizzazione.

dalla persona dell'imprenditore (cioè del soggetto che lo ha creato e che presiede al suo funzionamento)<sup>55</sup>.

Seguendo tale prospettiva, nel caso di mero esercizio di una attività professionale, non sarà possibile scindere la figura del professionista da quella del complesso dei beni da questo utilizzati per lo svolgimento della attività professionale in quanto, in tal caso, non esisterebbe un'entità economica obiettiva, avente una propria produttività indipendentemente dal professionista che presiede al suo funzionamento<sup>56</sup>. La differenza tra le due fattispecie sarebbe rilevabile, dunque, sul terreno del piano funzionale dell'organizzazione potendosi parlare di una funzione meramente ausiliaria o strumentale (e quindi non sufficientemente rilevante) dell'organizzazione rispetto all'attività personale del professionista<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> In tal senso v. G. FERRI, cit. (nt. 1), p. 43 s., secondo il quale «nell'impresa l'organismo economico come entità obiettiva assume un rilievo preminente».

<sup>56</sup> Cfr. C. IBBA, cit. (nt. 13), 373 ss. e 386 ss., in cui sono elencati i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali di quanti negano la possibilità di configurare una impresa intellettuale per difetto di organizzazione sulla base dell'osservazione che il principio della personalità della prestazione sancito dall'art. 2232 c.c. è, in via astratta, incompatibile con la sussistenza di una organizzazione ai sensi dell'art. 2082 c.c. (tra tutti v. G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 319 e, in giurisprudenza, v. CORTE DI CASS., 21 luglio 1967, n. 1889, con commento di M. BOIDI, *L'avviamento nella cessione di studi professionali*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1968, II, p. 15, conforme alla precedente CORTE DI CASS., sez. III, 9 ottobre 1954, n. 3495, in *Giust. civ.*, 1954, p. 2311, secondo cui l'esecuzione personale da parte del professionista dell'incarico assunto sarebbe insostituibile, mentre i collaboratori e le attrezzature di cui normalmente questo si avvale, anche se costose, sofisticate e funzionali al raggiungimento del risultato, conserverebbero comunque un ruolo subordinato rispetto alla prestazione personale).

<sup>57</sup> In tal senso v. M. CASANOVA, *Le imprese commerciali*, UTET, Torino, 1955, p. 79, in cui l'autore nota come mentre nell'impresa il fattore organizzativo abbia un valore preminente, nella professione intellettuale sia rilevabile solo una «organizzazione interna destinata ad agevolare al professionista il compimento delle sue prestazioni professionali, che sono e rimangono strettamente ed esclusivamente personali». Così v. anche F. FERRARA, *Teoria giuridica dell'azienda*, Il Catellaccio, Firenze, 1945, p. 8; F. SANTORO-PASSARELLI, cit. (nt. 8), p. 27; S. SCOTTI CAMUZZI, cit. (nt. 13), p. 35.

In dottrina, facendo leva sull'accessorietà della organizzazione e sulla prevalenza dell'attività personale, si sono rilevati punti di raccordo tra la figura del professionista e quella del piccolo imprenditore in quanto, in entrambi i casi, la prestazione scaturisce non tanto dai fattori produttivi organizzati, quanto dall'attività personale del soggetto (così v. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, UTET, Torino, 1980, p. 53; G. AULETTA, *Diritto commerciale - L'impresa e l'azienda*, Soc. Ed. Internaz., Catania, 1945, p. 18 ss.).

Anche in giurisprudenza è stata sostenuta ripetutamente la tesi dell'ausiliarità dell'organizzazione nel caso di professionisti intellettuali (così v. sempre CORTE DI CASS., 21 luglio 1967, n. 1889, *cit.*, in cui si espone che «nello studio professionale, anche se munito dei beni materiali e strumentali più vari e complessi (...) quello che conta e prevale è sempre l'opera intellettuale del titolare»).

Il discorso sembrerebbe mutare in caso di svolgimento della attività professionale attraverso la costituzione di una società tra professionisti (s.t.p.) in quanto, a mero titolo esemplificativo, nel caso di una società tra avvocati che prestino assistenza legale, i soci-professionisti porrebbero in essere una vera e propria organizzazione destinata a operare indefinitamente nel tempo, a prescindere dalle modificazioni interne nella composizione del gruppo<sup>58</sup> e destinata a essere l'elemento accentratore della clientela<sup>59</sup>. Con l'adozione della forma societaria i professionisti

---

Contro tale orientamento v. F. GALGANO, cit. (nt. 41), p. 48, il quale nota come, non in tutti i casi, gli strumenti utilizzati dal professionista esplicano una funzione meramente ausiliaria. Su tale via, considerando ad esempio l'assoluta importanza delle apparecchiature utilizzate da un radiologo, si dovrebbe concludere che, se davvero la distinzione tra professionista e imprenditore dovesse fondarsi sulla strumentalità o meno dell'organizzazione, il radiologo dovrebbe essere considerato alla stregua di un imprenditore. L'autore conclude il suo ragionamento affermando che, non essendo in ogni caso possibile affermare che il radiologo sia un imprenditore, il punto di partenza di quanti vorrebbero istaurare una distinzione qualitativa tra organizzazione del professionista e dell'imprenditore sarebbe erroneo.

D'altra parte, partendo dal presupposto che l'organizzazione di cui si avvalgono i professionisti sia normalmente ma non necessariamente strumentale rispetto alla loro attività professionale, altra parte della dottrina giunge a risultati differenti rispetto al Galgano. Tali autori, infatti, non rinnegano la tesi della strumentalità dell'organizzazione ma la utilizzano fino in fondo affermando che, nei casi in cui il professionista non eserciti una attività esclusivamente o prevalentemente propria, egli sarà considerabile alla stregua di un imprenditore (così v. F. FARINA, cit. (nt. 13), p. 2117; A. DE MARTINI, *Lavoro autonomo e piccola impresa*, in *Boll. Scuola di prof. e spec. Dir. lav.*, Università di Trieste, 1956, p. 5 ss.).

Altra parte della dottrina, infine, ritiene che tra l'organizzazione del professionista e quella dell'imprenditore non vi sia alcuna differenza né quantitativa, né qualitativa (così, per tutti, v. T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 168 ss.). Dalla constatazione dell'assenza di differenze dal punto di vista organizzativo tra imprenditore e professionista, tali autori hanno dedotto che, se l'elemento di differenziazione tra le due fattispecie dipendesse effettivamente dall'organizzazione, sarebbe impossibile tenere separate la figura dell'imprenditore da quella del professionista intellettuale. L'alternativa proposta da tale dottrina è, invece, quella di cercare altrove la causa della differenza di trattamento delle due fattispecie giungendo a farla coincidere con la concessione di un privilegio di classe da parte del legislatore ai professionisti (c.d. concezione qualitativa).

<sup>58</sup> Su tale tema v. CNF, 28 marzo 1992, n. 51, in *Rass. forense*, 1994, p. 96, in cui si prevede per lo studio associato la possibilità di mantenere il nome di un professionista defunto, secondo forme idonee a non indurre in errore i terzi ma comunque in grado di consentire allo studio legale, considerato in una prospettiva di tipo aziendalistico, la conservazione di quel bene che, nel settore delle imprese, viene qualificato come avviamento.

<sup>59</sup> Cfr. U. BARELLI, *Il nuovo che avanza*, in *Arch. civile*, 2000, p. 1319, il quale ritiene che gli studi legali per struttura, dimensioni, mansioni del personale e tipo di organizzazione presentino spiccati caratteri di imprenditorialità. Sul tema della costituzione di s.t.p. cfr.

svolgerebbero più proficuamente la propria attività professionale riuscendo anche a conservare quella redditività che, a causa della mancanza di una organizzazione imprenditoriale, l'esercizio individuale della professione sembrerebbe non garantire<sup>60</sup>.

Tuttavia, è importante tenere presente che, nonostante la consistenza dimensionale e la rilevante posizione funzionale assunta nel processo produttivo dall'organizzazione, nel caso di svolgimento di una attività professionale in forma di s.t.p., l'elemento personale (costituito dall'attività intellettuale svolta dai singoli professionisti-soci) non perde il suo ruolo fondamentale<sup>61</sup> in quanto, ad esempio, qualora nel caso di una società tra avvocati venisse meno l'attività intellettuale prestata dal professionista di spicco dello studio, tale accadimento potrebbe avere ricadute negative sull'intera attività societaria in termini di una probabile perdita di parte della clientela con conseguente diminuzione del fatturato.

---

W. BIGIAMI, *La "piccola impresa"*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 1 ss., il quale argomenta che l'attività dei professionisti intellettuali, che è economica (ex art. 2247 c.c.) ma non economico-organizzata (ex art. 2082 c.c.), possa costituire l'oggetto di una società senza, però, essere ascrivibile a una attività imprenditrice per mancanza di organizzazione.

In giurisprudenza v. CORTE DI CASS., Sez. II, 7 agosto 2002, n. 11896, in *Mass. giust. civ.*, 2002, p. 1499; CORTE DI CASS., Sez. V, 3 maggio 2007, n. 10178, reperibile sul sito [www.altalex.com](http://www.altalex.com), in cui, tenendosi conto della tendenza alla commercializzazione, specializzazione e alla socializzazione dei servizi professionali, si precisa che gli studi professionali possano essere organizzati in forma di azienda. Secondo la Corte, ciò accadrebbe quando al profilo personale dell'attività svolta si affianchino un'organizzazione di mezzi e strutture, un numero di titolari e di dipendenti e un'ampiezza dei locali adibiti all'attività, tali che il fattore organizzativo e l'entità dei mezzi impiegati sovrastino l'attività professionale del titolare o, almeno, si pongano rispetto ad essa come entità giuridica dotata di propria rilevanza strutturale e funzionale che, seppure non separata dall'attività del titolare, assuma una rilevanza economica.

La stessa Suprema Corte ha, però, recentemente (v. CORTE DI CASS., sentenza 26 giugno 2013, n. 16092, reperibile sul sito [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it)) cambiato rotta, negando al professionista la possibilità di beneficiare di uno sgravio contributivo previsto dall'art. 44 della legge n. 448/2001 a favore delle imprese che avessero assunto nuovi dipendenti. In tale occasione, i giudici di legittimità hanno ritenuto che l'assenza, nell'attività del prestatore d'opera intellettuale, della necessaria componente organizzativa e quindi di un apparato produttivo stabile e complesso, formato da beni strumentali e lavoratori, renderebbe lo *status* di professionista incompatibile con quello di imprenditore a prescindere dall'operare di studi professionali strutturati in organizzazioni molto complesse con volumi di affari di decine di milioni.

<sup>60</sup> Cfr. G. FERRI, cit. (nt. 1), p. 234 s.

<sup>61</sup> In tal senso v. C. ANGELICI, *Diritto commerciale*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 26, il quale sottolinea che la predisposizione di un'organizzazione di mezzi e persone non comporta che l'opera professionale sia imputata all'organizzazione stessa.

In riferimento a tale intricata questione, appare condivisibile la posizione di chi propone di scomporre lo statuto del professionista e differenziarlo in ragione dell'organizzazione, con la conseguenza che l'equiparazione delle professioni regolamentate all'impresa non si porrebbe, in via generale, ma esclusivamente nel caso di realtà professionali molto complesse<sup>62</sup>. In tale prospettiva, un passo ulteriore è compiuto nella direzione di ritenere che quando le s.t.p. siano organizzate su base capitalistica l'esercizio della professione regolamentata sia equiparabile a quello di un'impresa commerciale<sup>63</sup>.

*5. La nozione di impresa rilevante ai fini dell'applicazione della normativa antitrust europea: una equiparazione (in termini meramente economici) tra professionista intellettuale e imprenditore.*

Nel complesso panorama del diritto europeo, le considerazioni formatesi intorno alla natura giuridica di professionista intellettuale hanno portato a risultati ben diversi rispetto a quelli accolti nel nostro ordinamento. Come è noto, in ambito europeo, si è giunti a una sostanziale equiparazione tra la figura del professionista intellettuale (inclusi gli appartenenti a professioni protette) e quella dell'imprenditore con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di applicabilità della normativa in materia di concorrenza<sup>64</sup>.

Mentre il Codice Civile del 1942 rimane strettamente legato a una concezione soggettiva dell'impresa<sup>65</sup>, rilevando ai sensi dell'art. 2082 c.c. il

---

<sup>62</sup> In tal senso v. G. BERTOLOTTI, *Esercizio in forma societaria delle professioni intellettuali e impresa*, Giappichelli Editore, Torino, 2012, p. 133, il quale ritiene, ad esempio, che, mentre nel caso di una piccola s.n.c. di avvocati la disciplina del fallimento sia senza dubbio non applicabile, la situazione sarebbe diametralmente opposta nel caso di una grande s.p.a. di avvocati.

<sup>63</sup> Cfr. sempre G. BERTOLOTTI, cit. (nt. 62), p. 135, il quale sottolinea tuttavia come, anche in questo caso, l'ordinamento continui a reputare necessario il carattere personale della prestazione d'opera intellettuale.

<sup>64</sup> In proposito, cfr., in generale, A. BERLINGUER, *Stato, mercato e concorrenza nella Ue: il caso delle professioni intellettuali*, in CIE, 2004, p. 390.

Favorevole all'impostazione europea è F. GALGANO, cit. (nt. 49), p. 3, il quale ritiene che la disciplina dell'impresa scaturente dal diritto comunitario, che include anche le attività professionali protette, confermerebbe la necessità, nel diritto interno, di superare il privilegio storico che il legislatore italiano ha conferito ai professionisti.

<sup>65</sup> In tal senso v. sempre F. GALGANO, cit. (nt. 49), p. 1 ss., in cui l'autore espone come l'ordinamento italiano sia l'unico in Europa ad individuare i concetti di impresa e di imprenditore come categorie ordinanti del sistema di diritto privato non definendo l'impresa ma l'imprenditore utilizzando i requisiti dell'organizzazione, della

soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o di servizi, la disciplina comunitaria, al contrario, è pervasa da una concezione oggettiva e funzionale dell'impresa in quanto rileva lo svolgimento dell'attività economica in sé e non già, preliminarmente ad essa, il soggetto che la pone in essere<sup>66</sup>.

Tale equiparazione tra attività intellettuale e attività d'impresa compiuta dalla Commissione Europea e dalla Corte di giustizia in ambito europeo e ampiamente ripresa dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e dai giudici amministrativi nel nostro ordinamento<sup>67</sup>, è secondo la costante interpretazione di cui si fa portavoce

---

professionalità e dell'economicità. Il concetto codicistico di imprenditore sembrerebbe quanto mai esteso in quanto sarebbe da considerarsi imprenditore chiunque eserciti professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o di servizi. Ne risulta implicitamente che per impresa si intende l'attività economica esercitata professionalmente e organizzata al fine della produzione e dello scambio.

Sul punto v. anche G. FREZZA, *Tariffe professionali forensi fra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 1145, che rileva come peraltro solo l'ordinamento italiano abbia voluto definire aprioristicamente i requisiti necessari per la definizione giuridica di impresa, mentre gli altri ordinamenti giuridici sembrano voler delineare un concetto solo a posteriori dopo averne individuato i requisiti in relazione alle specifiche questioni economiche rilevanti nei singoli casi concreti.

<sup>66</sup> Così cfr. sempre G. FREZZA, cit. (nt. 65), p. 1145.

In tal senso v. anche L. DI VIA, *L'impresa*, in *Diritto privato europeo* a cura di Lipari, I, Cedam, Padova, 1997, p. 254, in cui l'autore espone come il legislatore comunitario nel definire l'impresa abbia avuto riguardo «allo svolgimento in genere di attività economica, individuando, attraverso di essa, il soggetto rilevante»; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, p. 277.

Inoltre, v. R. SALOMONE, cit. (nt. 12), p. 41, il quale rammenta come la nozione d'impresa accolta dal diritto europeo sia «incomparabile con quella del diritto nazionale». Secondo l'autore, in ambito europeo, non conterebbe il dato organizzativo, né il requisito della professionalità e solo in parte rileverebbe il dato del carattere economico dell'attività. Allo stesso modo v. inoltre A. BERLINGUER, *Professione forense, impresa e concorrenza. Tendenze e itinerari nella circolazione di un modello*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 271 s., secondo cui l'art. 81 del Trattato CE (ora 101 TFUE) diverrebbe pertanto applicabile altresì «ad atti singoli, non abituali, di qualsiasi soggetto, ma ciò nondimeno suscettibili di turbare il libero gioco della concorrenza».

V., infine, A. GRISOLI, voce «*impresa comunitaria*», in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1989, p. 4, il quale nota come «quel che di comune si trova nella nozione di impresa, quando essa fa la sua comparsa in questo o quel ramo del diritto comunitario, è la sua sostanza economica: un insieme di fattori appartenenti ad una realtà pregiuridica, un organismo, insomma, polimorfo in quanto adattabile ad una grande varietà di situazioni diverse».

<sup>67</sup> Sulla necessità di estendere al nostro ordinamento i risultati raggiunti in sede europea in termini di sostanziale equiparazione della figura del professionista intellettuale a quella di imprenditore v., in giurisprudenza, TAR LAZIO, Sez. I, 28

il Consiglio Nazionale Forense (CNF) una mera semplificazione che può valere per determinate finalità ma non può essere considerata una delle qualificazioni essenziali dell'attività intellettuale.

Pertanto, secondo l'impostazione del CNF, l'esigenza che le attività intellettuali vengano compiute in regime concorrenziale non può comportare una consequenziale equiparazione tra lo *status* di professionista e quello di imprenditore. Ciò in quanto, la necessità di disciplinare i vari settori del mercato con criteri concorrenziali dovrebbe essere una conseguenza e non un antecedente rispetto alla qualificazione giuridica di una attività. La concorrenza riguarderebbe, dunque, il comportamento tenuto dagli esercenti una determinata attività, mentre la qualificazione giuridica riguarderebbe la sostanza, il contenuto e l'organizzazione dell'attività stessa.

Ciò nonostante in ambito europeo, pur riconoscendo le diversità del fenomeno delle libere professioni<sup>68</sup>, se ne afferma la natura economica racchiudendo le attività offerte dai professionisti, al pari delle prestazioni di servizi diverse da quelli intellettuali, nell'ambito applicativo del diritto della concorrenza. Invero, in quest'ottica, l'attività diventa economica e rilevante in termini di impresa quando è in grado di incidere sul mercato e, dunque, quando quest'ultimo è configurabile ed è, in questi termini, certamente comprensiva delle attività dei professionisti intellettuali. Queste ultime infatti si sostanziano nell'erogazione di servizi a fronte di corrispettivo al fine di profitto<sup>69</sup>.

---

gennaio 2000, n. 466, *Consiglio nazionale dei ragionieri e periti commerciali e Consiglio nazionale dei dottori commercialisti c. Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 640, con nota di A. ARGENTATI, *Le professioni intellettuali tra regolamentazione pubblicistica e disciplina della concorrenza*; nonché, da ultimo, TAR LAZIO, 1 aprile 2015, n. 4943, *Federazione Nazione degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri c. Autorità garante della concorrenza e del mercato*; TAR LAZIO, 17 giugno 2015, n. 8778, *Consiglio Nazionale Forense c. Autorità garante della concorrenza e del mercato*.

<sup>68</sup> L'esistenza di dette diversità è riscontrabile, infatti, prendendo in esame la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che regola in due differenti articoli, il 15 e 16, rispettivamente la libertà professionale e la libertà di impresa tenendole distinte.

<sup>69</sup> In tal senso cfr. CORTE DI GIUSTIZIA, 12 settembre 2000, causa C-180/98, caso *Pavlov and others*, in cui si afferma che «it has also been consistently held that any activity consisting in offering goods or services on a given market is an economic activity».

Così cfr., nel nostro ordinamento, AGCM, *IC 15 settore degli ordini e dei collegi professionali*, 1997, reperibile sul sito [www.agcm.it](http://www.agcm.it); v. anche R. SALOMONE, cit. (nt. 12), p. 41.

In altre parole, a livello comunitario, al fine dall'applicazione del diritto della concorrenza, il termine impresa è inteso come «qualsiasi entità che esercita una attività economica a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento<sup>70</sup>». Tale nozione di impresa – elaborata dalla Corte di giustizia in assenza di riferimenti normativi nel diritto europeo primario e secondario<sup>71</sup> – sembrerebbe, dunque, così ampia da poter ricomprendere al suo interno le professioni intellettuali.

Col passare del tempo, in Europa, la disciplina delle libere professioni ha trovato ampio spazio anche sotto forma di normativa di rango primario e secondario. In primo luogo, l'art. 57 TFUE, ha ricompreso le attività professionali tra i servizi, assimilando l'attività d'impresa a quella professionale e facendo sorgere tensioni tra gli interpreti italiani che hanno ricercato tracce della presenza del termine servizio nel nostro ordinamento con scarsi risultati<sup>72</sup>.

---

Per quanto concerne la non necessità di perseguire uno scopo di lucro v. invece C. GOLINO, cit. (nt. 16), p. 141, in cui sono ripercorsi i passaggi salienti del cambio di orientamento all'interno della Corte di Giustizia.

<sup>70</sup> CORTE DI GIUSTIZIA, 23 aprile 1991, causa C-41/90, *caso Hofner Elser c. Macrotron GmbH*, reperibile sul sito [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), riguardante l'abuso di posizione dominante di un ufficio pubblico di collocamento in Germania ove si considera come attività economica e, dunque, impresa l'attività di collocamento della manodopera. In tale occasione, la Corte di Giustizia ha elaborato una nozione di impresa assai più ampia di quella utilizzata originariamente che faceva rientrare nella categoria d'impresa «qualsiasi complesso unitario di elementi personali, materiali e immateriali facenti capo ad un soggetto giuridico autonomo e diretto in modo durevole al perseguimento di uno scopo economico» (così v. CORTE DI GIUSTIZIA, 13 luglio 1962, cause riunite 17/61 e 20/61, in *Racc.*, 1962, p. 595).

Per una approfondita disamina storica sulla nascita e sulla evoluzione del concetto di impresa all'interno della giurisprudenza comunitaria v., ancora, A. BERLINGUER, cit. (nt. 66), p. 269 ss.; ID., *Professione intellettuale impresa e concorrenza nel dialogo diritto interno-diritto comunitario: premesse per uno studio*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 654 ss.; E. BERGAMINI, *La concorrenza tra professionisti nel mercato interno dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, p. 39.

<sup>71</sup> Per tale rilievo cfr. E. BERGAMINI, cit. (nt. 70), p. 39.

<sup>72</sup> V. G. ALPA, *Dalle professioni liberali alle imprese di servizi. Le nuove professionalità tra libertà dei privati e interesse pubblico*, in *Economia e diritto terziario*, 1990, 2, p. 274 ss., il quale evidenzia come solo una norma del Codice Civile menzioni i servizi come oggetto di una prestazione senza, tuttavia, né definirli, né classificarli.

V. anche G. SANTINI, *Commercio e servizi*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 421, in cui l'autore rileva come le uniche eccezioni al mancato utilizzo nella sistematica del Codice Civile del termine servizio sarebbero rintracciabili nell'articolo 1655 c.c., in cui è regolato l'appalto di servizi, e nell'articolo 2222 c.c. in cui è disciplinato il contratto d'opera, prediligendosi negli altri casi l'utilizzo di terminologie differenti come prestazioni e

Tale ultima dottrina rileva che nell'ordinamento italiano, in caso di attività professionale prestata da soggetti rientranti in una professione regolamentata, sarebbe proprio la personalità della prestazione a rendere ingiustificata l'integrazione di questa nel settore dei servizi<sup>73</sup>. Questa teoria poggia sul presupposto che il professionista svolga un'attività meramente intellettuale e che, assumendosi con detta attività un'obbligazione solamente di mezzi e non di risultato, quest'ultima non dovrebbe esser diretta alla produzione di beni o servizi<sup>74</sup>.

---

oggetto dell'obbligazione. L'autore sottolinea criticamente come, pur essendo la prestazione di servizi un *facere*, potendosi inquadrare la relativa obbligazione nel contratto d'opera o di appalto, non è vero il contrario e cioè che tutte le obbligazioni di *facere* costituiscano servizi. «Per contro nel caso di prestazione del libero professionista, che è tipicamente un servizio, è lo stesso codice a parlare di prestazione d'opera intellettuale».

<sup>73</sup> In tal senso v. sempre G. SANTINI, cit. (nt. 72), p. 459, in cui l'autore espone la tesi in base alla quale quando il servizio consiste nella prestazione personale di un professionista «è la "personalità" della prestazione il maggior ostacolo all'integrazione nel settore dei servizi; e ben lo si comprende considerando che l'integrazione nel settore degli scambi è resa possibile dalla rilevanza dei risultati oggettivi, fatta di una quantità di beni fungibili e dunque prescindendo dalle qualità personali della controparte». Così v. anche I. LA LUMIA, *Corso di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 93 ss.; U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, I, UTET, Torino, 1961, p. 62; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 63.

Cfr. altresì F. FERRARA jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 34, i quali ritengono che attività squisitamente intellettuali non possano essere considerate alla stregua di servizi in senso tecnico-giuridico.

*Contra* v. invece E. ZANELLI, cit. (nt. 43), p. 136 ss., in cui l'autore non ravvede ostacoli alla costituzione di S.t.p. il cui oggetto deve essere di certo una attività economica.

Viepiù, la dottrina prevalente ritiene che le prestazioni intellettuali siano ricomprendibili nella nozione di servizi (tra tutti cfr. V. BUONOCORE, *Le società di avvocati. Problemi e prospettive*, in *Rass. ec. del Banco di Napoli*, 1973, p. 811 ss.; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 660; M. CASANOVA, cit. (nt. 57), p. 79).

<sup>74</sup> In tal senso v. già CORTE DI CASS., Sez. un., 9 marzo 1965, n. 375, in *Foro it.*, 1965, I, 1040.

Per ulteriori riferimenti sull'argomento, in dottrina, v. C. MACRI', *La responsabilità professionale*, in *Le professioni intellettuali*, a cura di Ibba, Latella, Piras, De Angelis, Macri', UTET, Torino, 1987, p. 223 ss.

Cfr., infine, AGCM, *IC 15 settore degli ordini e dei collegi professionali*, 1997, consultabile sul sito [www.agcm.it](http://www.agcm.it), p. 240, in cui si auspica che i professionisti, nelle proprie strategie competitive, considerino l'assunzione dell'obbligazione di risultato, non solo come una aggravante della propria responsabilità, ma come la possibilità di utilizzare uno strumento alternativo nelle proprie strategie competitive. Infatti, l'assunzione di una obbligazione di mezzo o di risultato potrebbe essere valutata come l'accettazione di due impegni diversi a cui, in ragione della diversa responsabilità assunta, poter applicare prezzi diversi.

L'impostazione suddetta è stata ampiamente criticata, da un lato, perché anche nelle obbligazioni di mezzo un risultato utile è sempre presente<sup>75</sup>, dall'altro, perché se vi fosse realmente una differenza tra i servizi offerti dall'imprenditore e quelli del professionista intellettuale, sarebbe impossibile spiegare per quale motivo assumerebbe la qualità di imprenditore un ente che offra sul mercato le prestazioni intellettuali dei propri dipendenti<sup>76</sup>.

In ogni caso, parte della dottrina italiana<sup>77</sup> ha rilevato criticamente come la Corte di giustizia abbia, nel tempo, utilizzato in maniera troppo disinvolta la definizione di impresa sopra richiamata trasformandola in una vera e propria massima da applicare in ipotesi ben diverse dal caso *Hofner Elser c. Macrotron GmbH* da cui deriva. Tale dottrina sottolinea, in primo luogo, che le conclusioni tratte dal *landmark case* menzionato sarebbero valide non a ogni effetto, ma solo limitatamente al diritto comunitario della concorrenza e per effetto dell'art. 1, comma 4, legge 10 ottobre 1990, n. 287 anche per il diritto italiano della concorrenza<sup>78</sup>.

In secondo luogo, secondo tale impostazione, siccome le professioni sono molteplici e l'una diversa dall'altra, non necessariamente dovrebbe

---

<sup>75</sup> Per un'approfondita analisi di tale tematica v. E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Giappichelli Editore, Torino, 2012, in cui l'autore espone come la distinzione tra obbligazioni di risultato e di mezzi tenda oggi a essere abbandonata poiché ritenuta fondamentalmente descrittiva. Nell'ambito della stessa attività professionale, infatti, vi sarebbero alcuni casi in cui il professionista sarebbe in grado di garantire un risultato e altri in cui tale garanzia non potrebbe in alcun modo essere prestata.

La stessa giurisprudenza di legittimità, inoltre, ha qualificato le obbligazioni inerenti alle professioni mediche e tecniche come obbligazioni di risultato (così v. CORTE DI CASS., 27 febbraio 1996, n. 1530, in *Rep. Foro it.*, 1996, 115; CORTE DI CASS., 19 luglio 1993, n. 8033, in *Sett. Giur.*, 1993, II, 1350; CORTE DI CASS., 21 luglio 1989, n. 3476, in *Mass. Foro it.*, 1989; CORTE DI CASS., 28 gennaio 1995, n. 1040, in *Giust. civ. mass.*, 1995, p. 34; CORTE DI CASS., 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913).

<sup>76</sup> Così cfr. G. MILO, *Libera concorrenza, tariffe e disciplina pubblicistica delle professioni intellettuali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1995, p. 199; F. GALGANO, *Diritto commerciale*, I, Zanichelli, Bologna, 1991, p. 15; ID., cit. (nt. 41), p. 18; V. BUONOCORE, cit. (nt. 73), p. 827; E. GULMANELLI, *La nozione del lavoro autonomo nella disciplina dell'«irpef»*: spunti sistematici, in *Giur. comm.*, 1978, p. 935.

<sup>77</sup> V. C. IBBA, *Sulla riforma delle libere professioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 179 s.

<sup>78</sup> In senso contrario v. G. OPPO, cit. (nt. 47), p. 124 s., che rileva problematiche di carattere costituzionale che non consentirebbero il recepimento del concetto comunitario di impresa nell'ordinamento italiano.

Per un completo avallo dell'orientamento comunitario v. invece CORTE COSTITUZIONALE, 21 Dicembre 2007, n. 433, reperibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), che si esprime sulla correttezza dell'applicazione della disciplina della concorrenza nei servizi professionali.

pervenirsi a includerle tutte nell'area dell'impresa: mentre per molte di esse, in cui il tasso di intellettualità non è particolarmente elevato e le prestazioni fornite sono piuttosto *standardizzate*, una qualificazione in termini di impresa commerciale non sembrerebbe affatto inadeguata, per altre (tra cui le professioni regolamentate), «non potendosi ravvisare nel loro esercizio la produzione industriale di servizi si apre la strada, tutt'al più, ad un ingresso nella categoria (peraltro discussa) dell'impresa civile<sup>79</sup>».

Tornando all'ordinamento italiano, è bene rilevare che, alla luce dell'art. 1, comma 4, della legge 287/1990, l'interpretazione delle "norme per la tutela della concorrenza e del mercato" deve effettuarsi in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza. Alla luce di tale disposizione, a prescindere dal concetto di impresa e dalla condizione giuridica di professionista intellettuale vigenti nel diritto interno, questi ultimi andrebbero considerati alla stregua di imprese agli specifici effetti della legge 287/1990<sup>80</sup> e in conformità con la *ratio* della stessa che, «essendo volta a garantire l'assetto concorrenziale del mercato, concerne chiunque, a

---

<sup>79</sup> C. IBBA, cit. (nt. 77), p. 180. L'autore esclude la correttezza delle generalizzazioni applicative sia nel rapporto fra professioni e impresa, sia all'interno dell'area delle professioni: «insomma quando si legge che per il diritto comunitario fra il lavaggio di una camicia e il rogito di un atto non c'è alcuna differenza (perché sono entrambi «servizi») si percepisce che c'è qualcosa che non va, nel diritto comunitario, o più probabilmente, nel ragionamento di chi lo interpreta in questo modo (siamo tutti in grado di comprendere la differenza tra una camicia lavata male e un atto di compravendita nullo). E quando soluzioni normative riguardanti la professione di avvocato vengono ricavate per analogia dal trattamento riservato all'attività - rispettabilissima ma diversissima - degli amministratori di condominio, quanto meno viene il dubbio che si stia percorrendo una strada sbagliata».

<sup>80</sup> In tal senso v. F. GALGANO, G. SCHIANO DI PEPE, *Parere per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato intorno alle libere professioni intellettuali*, Roma, 1996; P. AUTERI, *I rapporti tra la normativa antitrust nazionale e quella comunitaria dopo la legge comunitaria 1994*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, p. 535 ss.; F. GALGANO, cit. (nt. 49), p. 16, che sottolinea come alla luce del art. 1, comma 4, gli eventuali contrasti insorti tra il diritto italiano e il diritto comunitario vadano risolti dando la prevalenza al secondo sul primo.

In giurisprudenza, v. CORTE DI GIUSTIZIA, 30 gennaio 1974, *causa* 127/73, in *Racc.*, 1974, p. 51; CORTE DI GIUSTIZIA, 10 luglio 1980, *causa* 37/79, in *Racc.*, 1980, 2481; CORTE COST., 5 giugno 1984, n. 18, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2062 ss.; CORTE COST., 23 aprile 1985, n. 113, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1600. Tali sentenze dimostrerebbero come, sia nella giurisprudenza nazionale che comunitaria, sia pacifico il dato che il giudice nazionale sia vincolato a tutti i principi elaborati in sede comunitaria tra cui anche quello di impresa comunitaria.

prescindere dal suo *status* giuridico, per il solo fatto di proporsi come fonte di soddisfacimento dei bisogni, vi operi attivamente e contribuisca alla definizione del suo equilibrio<sup>81</sup>».

A questo punto, la questione riguarda il se l'economicità della attività poste in essere dai professionisti intellettuali sia sufficiente a fondare l'equiparazione delle stesse con quelle prettamente imprenditoriali<sup>82</sup>.

In Italia, infatti, la dottrina più attenta<sup>83</sup> nega ai professionisti intellettuali la qualifica di imprenditori, non in quanto la loro attività non presenti i caratteri tipici della nozione codicistica di impresa (tra cui l'economicità), ma in virtù di uno specifico privilegio e di una conseguente esenzione dalla soggezione allo statuto generale dell'imprenditore. Pertanto, l'applicazione della legge 287/1990 ai professionisti intellettuali comporterebbe che, restando invariata la nozione di impresa vigente nel diritto interno *ex art. 2082 c.c.*, dovrebbe procedersi alla disapplicazione del predetto privilegio attribuito ai professionisti intellettuali<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> AGCM, *IC 15 settore degli ordini e dei collegi professionali*, 1997, reperibile sul sito [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>82</sup> Sul punto vedi V. BUONOCORE, voce *Impresa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Annali I, Giuffrè, Milano, 2008, p. 765 nonché il recente lavoro di F. FIMMANO', *Professioni liberali e concorrenza*, in *Notariato*, 2015, 3, p. 284, il quale evidenzia come l'esercizio di una attività economica non possa essere considerato come sinonimo di esercizio di impresa.

<sup>83</sup> In tal senso v. F. FARINA, cit. (nt. 13), p. 2087 ss.; V. BUONOCORE, *Fallimento e Impresa*, Morano, Napoli, 1969; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale: diritto dell'impresa*, UTET, Torino, 1986; T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1962; F. GALGANO, *Diritto commerciale*, I, Zanichelli, Bologna, 1982; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Cedam, Padova, 1979; P.G. JAEGER, F. DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, IV ed., Giuffrè, Milano, 1997, p. 21 ss; da ultimo v. anche S. ROSSI, E. CODAZZI, *La società tra professionisti: l'oggetto sociale*, in *Soc.*, 2012, p. 13.

<sup>84</sup> In tal senso v. F. GALGANO, cit. (nt. 49), p. 16, che si spinge oltre sino ad affermare che, se i professionisti intellettuali sono da considerarsi degli imprenditori ai fini dell'applicazione della normativa *antitrust*, «non potrà sopravvivere la loro immunità dal diritto comune neppure sotto gli altri aspetti non direttamente toccati dalla legge n. 287 del 1990». Secondo tale autore, si dovrebbe quindi giungere a una integrale soggezione dei professionisti intellettuali alle norme del Codice Civile sull'impresa in genere, ferma restando la loro esenzione dalle norme che compongono lo statuto dell'imprenditore commerciale riguardanti l'iscrizione nel registro delle imprese, la tenuta delle scritture contabili e la soggezione alle procedure concorsuali in caso di insolvenza. In quest'ottica, infine, dovrebbe essere la giurisprudenza, in via di interpretazione adeguatrice, a eliminare la contraddizione sistematica scaturita dal fatto che, mentre i professionisti intellettuali dovrebbero essere considerati imprenditori agli effetti della libertà di concorrenza, non dovrebbero esserlo per gli altri effetti connessi.

Inoltre, altra dottrina<sup>85</sup> ha addirittura rilevato un problema d'illegittimità costituzionale nella erosione della sovranità dello Stato a favore dell'Unione Europea in una materia, come quella della disciplina delle professioni regolamentate, che inerisce la tutela dell'utilità sociale con conseguente perdita di potere legislativo statale in tema di cura di interessi indisponibili della collettività nazionale. Tale arretramento della sovranità statale, con conseguente sacrificio dell'utilità sociale, non sarebbe affatto riconducibile a una previsione della Carta Costituzionale, non ricadendo né nell'art. 10, né tantomeno negli artt. 11 o 80<sup>86</sup>.

Seguendo tale impostazione, le professioni intellettuali, coinvolgendo interessi essenziali della collettività e delle persone, oltre a dover essere disciplinate interamente dal legislatore italiano - in grado di farsi portavoce, a differenza del legislatore comunitario, delle esigenze della collettività nazionale -, dovrebbero continuare a rappresentare una materia sottratta alla disciplina del libero mercato o comunque non dovrebbe esser possibile scindere, all'interno della stessa materia, tra disciplina di mercato (applicabile nel caso di dinamiche anticoncorrenziali) e disciplina professionale (applicabile in ogni altro caso).

Al termine di questa breve analisi, tre appaiono le alternative: riconoscere la necessità di una nozione di impresa di derivazione comunitaria comprensiva anche delle libere professioni ma solo limitatamente all'applicazione della disciplina *antitrust*<sup>87</sup>; abbandonare del tutto le vecchie categorie formali e gli antichi privilegi per giungere all'estensione integrale dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore ai professionisti intellettuali<sup>88</sup>; o, infine, tenere presenti le differenze tra la

---

<sup>85</sup> V. G. OPPO, cit. (nt. 47), p. 123.

<sup>86</sup> Per una minuziosa disamina della questione v. anche A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 502 ss.

<sup>87</sup> Questa è la posizione che l'AGCM ha espresso ripetutamente (così, *ex multis*, v. AGCM, *Provvedimento 6601 del 1998*, in *Boll.*, 1998, n. 48). *Contra* v. G. OPPO, cit. (nt. 47), p. 123.

<sup>88</sup> Nel senso dell'estensione alle professioni intellettuali dello statuto dell'imprenditore v. E. GLIOZZI, *L'imprenditore commerciale. Saggio sui limiti del formalismo giuridico*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 174 ss.; G. OLIVIERI, *La responsabilità del professionista-imprenditore tra concorrenza e regolamentazione*, in *An. giur. econ.*, 2005, 1, p. 67 ss., il quale ritiene che, partendo dai due presupposti che anche la fattispecie di professionista intellettuale rientri nella nozione di impresa accolta nel diritto comunitario e che anche nel diritto interno la dottrina dominante ritenga frutto di un privilegio la scelta del legislatore del 1942 di esonerare i professionisti dall'applicazione della disciplina

figura dell'imprenditore e quella del professionista intellettuale, rilevando criticamente come le norme della legge *antitrust* italiana, che si riferiscono alle imprese e non alle professioni intellettuali, andrebbero, *ex art. 1, comma 4* della legge 287/1990, interpretate non secondo i principi dell'ordinamento nazionale (che escluderebbero l'applicazione di tale normativa alle professioni intellettuali), ma contro quei principi seguendo l'interpretazione che un giudice non statuale effettua su un ordinamento diverso dal nostro (quello europeo) e che conduce a includere le professioni nel concetto giuridico di impresa<sup>89</sup>.

Ove si segua l'ultima delle interpretazioni proposte, tenendo altresì in debita considerazione le suestipite differenze riguardanti il requisito organizzativo tra imprenditori e professionisti intellettuali, sarà necessario se e in quale misura sia opportuno estendere l'applicazione della normativa *antitrust*, dettata specificatamente per gli imprenditori, anche alle attività compiute da professionisti intellettuali.

6. *Sulla conseguente equiparazione compiuta in ambito europeo degli ordini e dei collegi professionali ad associazioni di imprese: critiche dottrinali.*

Al di là delle rilevate critiche dottrinali, non può non darsi atto che, all'inverso, in sede europea si è andati ben oltre la mera equiparazione economica tra imprenditori e professionisti intellettuali.

Infatti, mentre con la nota sentenza *Hofner Elser c. Macrotron GmbH* nonché con quella inerente all'attività degli spedizionieri doganali<sup>90</sup> la Corte di Giustizia ha delineato un concetto di impresa idoneo a ricomprendere anche l'attività professionale in materia di normativa *antitrust*, con la sentenza *Wouters*<sup>91</sup> si è giunti a una chiara considerazione

---

dell'impresa, appare corretto considerare i professionisti intellettuali come una particolare categoria di imprenditori.

<sup>89</sup> In tal senso v. sempre G. OPPO, cit. (nt. 47), p. 125.

<sup>90</sup> V. CORTE DI GIUSTIZIA, 18 giugno 1998, C-35/96, *Commissione c. Italia*, in *Giur. it.*, 1999, p. 555. Secondo la Corte «l'attività degli spedizionieri presenta natura economica; (...) perciò, il fatto che l'attività svolta sia di tipo intellettuale, richieda un'autorizzazione e possa essere svolta senza la combinazione di elementi materiali, immateriali e umani non è tale da escluderla dalla sfera di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE».

<sup>91</sup> V. CORTE DI GIUSTIZIA, 19 febbraio 2002, C- 309/99, *caso Wouters*, reperibile sul sito [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), nelle cui conclusioni al punto 61 l'avvocato generale Lèger abbozza una definizione di associazione di imprese come quell'entità che «raggruppa imprese dello stesso settore e si fa carico di rappresentare e tutelare i loro interessi comuni nei confronti degli altri operatori economici, degli organi di governo e del pubblico in generale». La sentenza *Wouters* rileva anche perché la Corte, al punto 49 della

degli ordini e dei collegi professionali alla stregua di associazioni di imprese<sup>92</sup>. Conseguentemente, l'AGCM e i giudici amministrativi non hanno tardato a riconoscere la qualifica di associazione di imprese al Consiglio nazionale dei ragionieri e periti commercialisti<sup>93</sup>, al Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e in molti successivi casi<sup>94</sup> tra cui, da ultimo, alla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri<sup>95</sup> e al CNF<sup>96</sup>.

---

sentenza, espone, d'altra parte, che «gli avvocati iscritti all'albo dei Paesi Bassi svolgono una attività di impresa e, pertanto, costituiscono imprese ai sensi degli artt. 85, 86 e 90 del Trattato, senza che la natura complessa e tecnica dei servizi da loro forniti e la circostanza che l'esercizio della loro professione è regolamentato siano tali da modificare questa conclusione».

Si noti peraltro che nel medesimo caso la Corte non ha tuttavia considerato l'Ordine degli avvocati dei Paesi Bassi come una associazione di imprese al fine dell'applicazione dell'art. 82 (ora art. 102 TFUE) in quanto tale organismo non porrebbe in essere un'attività economica e in quanto gli avvocati membri dell'ordine non sarebbero sufficientemente legati fra loro da poter adottare le medesime condotte sul mercato con il risultato di una eliminazione della concorrenza tra gli stessi.

In dottrina, per un commento alla sentenza *Wouters v. G. SCASELLATI SFORZOLINI, C. RIZZA*, *La tensione fra regole di concorrenza comunitarie e regole professionali deontologiche nazionali*, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 8 ss., in cui si ritiene che i principi affermati nella sentenza non potranno essere ignorati dal legislatore italiano in sede di ricostruzione delle regole concorrenziali applicabili alle professioni regolamentate.

Tra le sentenze recenti v., invece, CORTE DI GIUSTIZIA, 28 febbraio 2013, *causa C-1/12*, reperibile sul sito [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), in cui gli ordini professionali sono considerati alla stregua di associazioni di imprese e come tali devono rispettare la disciplina della concorrenza.

In riferimento alla posizione della Commissione v. anche COMMISSIONE EUROPEA, 30 Gennaio 1995, n. 95/188/CE, reperibile sul sito [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), che qualifica come associazione di imprese il *Colegio officia de Agentes de la Propriedad Industrial* considerando irrilevanti le circostanze che l'ordine professionale in questione fosse considerato dalla legge nazionale quale ente pubblico e che le tariffe fossero state fissate con atto amministrativo; nello stesso senso v. anche COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali*, 2004, reperibile sul sito [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

<sup>92</sup> Per un approfondimento sui criteri discretivi utilizzati dalla Corte ai fini di tale equiparazione cfr. R. SALOMONE, cit. (nt. 12), p. 43; A. BERLINGUER, cit. (nt. 66), p. 280 ss.; G. CREPALDI, *Fondamento, natura e contenuto del potere disciplinare degli ordini e dei collegi professionali*, in *Foro amm.* CDS 2012, 5, p. 1064 ss.

<sup>93</sup> Cfr. AGCM, *Provvedimento 23 ottobre 1997, n. 5401*, in *Boll.*

<sup>94</sup> Per una accurata analisi della casistica nazionale v. G. TARANTINO, *Tariffe professionali e disciplina della concorrenza (commento a Corte Giust. CE 19 febbraio 2002 in causa C-35/99)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 852 ss.

<sup>95</sup> Cfr. AGCM, *Provvedimento 4 settembre 2014, n. 25078*; TAR LAZIO, 1 aprile 2015, n. 4943, *Federazione Nazione degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri c. Autorità garante della concorrenza e del mercato*.

Parte della dottrina<sup>97</sup>, invece, ritiene che l'equiparazione compiuta in sede comunitaria tra ordini professionali e associazioni di imprese ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza sia totalmente da rigettare. Secondo tale orientamento, infatti, in Italia gli ordini moderni (a differenza delle corporazioni e degli ordini post-unitari) non sarebbero più *maitre de son tableau* poiché l'iscrizione agli albi moderni corrisponderebbe a un vero e proprio diritto soggettivo perfetto<sup>98</sup> in capo al richiedente che sia in possesso delle condizioni di abilitazione previste direttamente dalla legge (così come previsto nell'art. 33, comma 5, Cost.) e vagliate positivamente dalla Corte di Giustizia alla luce degli artt. 49, 101, 102 TFUE<sup>99</sup> non potendo, di conseguenza, configurarsi una restrizione della concorrenza.

La differenza tra gli ordini professionali moderni e le associazioni corporative sarebbe, inoltre, riscontrabile nel rilievo che, mentre i primi sono costituiti dallo Stato e integrati nelle strutture dello stesso, partecipano all'esercizio di potestà pubblicistiche normative, amministrative e disciplinari e utilizzano, infine, gli schemi dell'agire procedimentalizzato dei pubblici poteri; alle seconde sono attribuite tutte quelle scelte fondamentali e proprie dell'autonomia associativa in tema di costituzione, organizzazione, estinzione dell'ente, accesso e ammissione dei membri, destinazione del risultato dell'attività comune<sup>100</sup>.

Tale ultima teoria sembrerebbe trovare riscontri anche in un precedente della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>101</sup>, in cui si dispone che gli ordini professionali moderni non possono configurare, per le ragioni suddette, delle vere e proprie associazioni<sup>102</sup>. Seguendo tale linea, dunque, anche se tale precedente giurisprudenziale non è stato finora tenuto in considerazione né dall'AGCM né dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, il suo contenuto potrebbe divenire ineludibile

---

<sup>96</sup> Cfr. AGCM, *Provvedimento* 3 settembre 2015, n. 25613; TAR LAZIO, 17 giugno 2015, n. 8778, *Consiglio Nazionale Forense c. Autorità garante della concorrenza e del mercato*.

<sup>97</sup> V. G. CARRARO, cit. (nt. 20), p. 165 ss.

<sup>98</sup> In tal senso v. CORTE DI CASS., Sez. Un., 8 novembre 2010, n. 22623, in *Giust. Civ.*, 2011, 1267.

<sup>99</sup> In tal senso v. CORTE DI GIUSTIZIA, *ord.* 17/02/2005, causa C-250/03, in *Riv. Dir. internaz.*, 2005, 502.

<sup>100</sup> V. G. CARRARO, cit. (nt. 20), p. 165 ss.

<sup>101</sup> Cfr. CEDU, 23/6/1981, *ric.* 6878/75, in *Riv. dir. internaz.*, 1982, 588.

<sup>102</sup> In proposito, cfr. anche G. MUSOLINO, *La prestazione d'opera intellettuale fra istanze pubblicistiche e tutela del consumatore*, in *Riv. not.*, 1997, p. 775.

ove l'Unione Europea aderisse alla CEDU così come previsto dall'art. 6.2 TUE<sup>103</sup>. In tal modo, dunque, l'equiparazione pura e semplice tra ordini professionali e associazioni di imprese diverrebbe incompatibile con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Da notare, inoltre, come la regolamentazione predisposta dallo Stato in ordini e collegi professionali sia stata la risposta a esigenze provenienti dal mercato e, conseguentemente, non sia riscontrabile in tutti quei casi di professioni caratterizzate da una certa dose di intellettualità e da una rilevante utilità sociale (come ad esempio i fisici o i matematici) il cui esercizio, tuttavia, non esplica i suoi effetti sul mercato non istaurandosi un rapporto tra professionista e cliente che verta sulla prestazione di un servizio a fronte di un corrispettivo<sup>104</sup>. Infatti, come tutte le regolamentazioni di origine pubblica, anche quella in materia di professioni trae origine da veri (o presunti) fallimenti del mercato<sup>105</sup> che sarebbero, in tal caso, dovuti al concorso di tre fattori<sup>106</sup>.

Il primo fattore è rappresentato dalla presenza di forti asimmetrie informative tra professionista e cliente che rendono difficile, per quest'ultimo, valutare sia *ex ante* che *ex post*, la qualità del servizio

---

<sup>103</sup> In senso contrario a tale adesione cfr. tuttavia da ultimo CORTE DI GIUSTIZIA, *Comunicato stampa n. 180/14*, Lussemburgo, 18 dicembre 2014, la quale rileva che il progetto di accordo sull'adesione dell'Unione Europea alla CEDU non è compatibile con le disposizioni del diritto dell'Unione.

<sup>104</sup> Cfr. AGCM, *IC 15 settore degli ordini e dei collegi professionali*, 1997, reperibile sul sito [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>105</sup> In tal senso v. G. OLIVIERI, cit. (nt. 88), p. 67 ss., che descrive i fallimenti di mercato come quelle situazioni in cui la libera concorrenza non appare in grado di produrre i suoi effetti benefici per la collettività in termini di riduzione dei prezzi e di miglioramento della produzione.

<sup>106</sup> Cfr. C. LEGA, cit. (nt. 41), p. 56, secondo il quale l'intervento dello Stato nel settore delle professioni è dovuto a diverse motivazioni ed è la chiave di volta per la risoluzione di differenti esigenze quali l'incapacità del committente di una determinata prestazione professionale di valutare il possesso, da parte del professionista, delle conoscenze necessarie e la qualità e correttezza del servizio prestato; la natura personale e, dunque, degna di particolare attenzione degli interessi privati affidati dal cliente al professionista; la coincidenza di alcuni degli interessi privati di cui sopra con interessi prettamente statali (per lo più la garanzia di diritti costituzionalmente garantiti) come l'amministrazione della giustizia e la salute pubblica; l'interferenza di alcune attività professionali con funzioni giurisdizionali e amministrative; l'opportunità di tutelare le classi professionali soprattutto in conseguenza delle funzioni alle stesse affidate e delle limitazioni imposte all'esercizio professionale così da permettere loro di agire nell'interesse pubblico e, indirettamente, di quello privato.

professionale<sup>107</sup>. Il *gap* informativo dipende, da un lato, dal fatto che il consumatore, generalmente, non dispone delle informazioni tecniche e del bagaglio culturale necessari per compiere una valutazione consapevole e, dall'altro, dal carattere fiduciario e dal contenuto mutevole delle prestazioni erogate che rendono molto complessa la valutazione della qualità delle stesse e il valore dei professionisti che le erogano sulla base di criteri oggettivi<sup>108</sup>.

L'entità delle asimmetrie varia sia in ragione delle prestazioni professionali richieste che del tipo di clientela alla quale queste sono rese<sup>109</sup>. In ogni caso, comunque, la presenza di asimmetrie informative offrirebbe un vantaggio ai professionisti intellettuali che potrebbero abusarne a discapito dei consumatori<sup>110</sup>: da un lato, fenomeni di *adverse*

---

<sup>107</sup> In tal senso v. C. FUMAGALLI, M. MOTTA, *Restrizioni alla pubblicità nelle libere professioni*, in *Mercato, conc. Regole*, 1999, n. 3, p. 426, in cui gli autori ascrivono i servizi professionali alla categoria dei *credence goods* distinguendoli dai *search goods* (beni la cui qualità può essere valutata prima del consumo ma che richiedono attività di ricerca per essere identificati) e dagli *experience goods* (beni la cui qualità può essere valutata solo dopo averli acquistati e usati).

Gli autori riportano anche un interessante esempio: un cliente potrebbe recarsi da un medico poiché avverte un dolore alla spalla sinistra senza ricollegare che le algie potrebbero essere dovute a un problema cardiaco. Questo soggetto potrebbe, per ipotesi, uscire dallo studio medico soddisfatto e rassicurato sul proprio stato di salute e scoprire, successivamente, col sopraggiungere di un infarto, che la diagnosi del professionista era del tutto erronea. L'esempio dimostra come nel caso di servizi prestati da medici, avvocati, architetti, commercialisti, ecc. la preparazione, la capacità e la cura di tali soggetti siano difficilmente verificabili da parte del cliente, che normalmente è un soggetto estraneo alla categoria professionale stessa. In altri termini, il cliente non possiede gli strumenti per valutare il servizio corrisposto dal professionista e, conseguentemente, non può fare altro che affidarsi alla sua preparazione e onestà.

In tema di asimmetrie informative nei servizi professionali v. anche F. MARINELLI, F. CAROCCIA, cit. (nt. 9), p. 142 ss.; B. BORTOLOTTI, *Quale regolazione per le libere professioni?*, in *Pol. Econ.*, 2000, p. 223 s., il quale osserva come, anche se con gradi diversi, tali problemi di informativa siano riscontrabili in tutte le professioni intellettuali.

In ambito europeo, poi, v. COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali*, 9 Febbraio 2004, p. 9, punto 25, reperibile sul sito [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), in cui i servizi professionali sono considerati dei *credence goods* che vengono a loro volta descritti come quella categoria di «beni la cui qualità non può essere giudicata facilmente né con l'osservazione precedente né, in taluni mercati, con l'osservazione o l'uso».

<sup>108</sup> Così v. C. LEGA, cit. (nt. 8), p. 1 ss., che nota come, ad esempio, medici e avvocati rendano servizi vitali e altamente fiduciari a clienti del tutto "ignoranti".

<sup>109</sup> Così v. OCSE, *Competition in Professional Services*, 1999, p. 17, reperibile sul sito [www.oecd.org](http://www.oecd.org), in cui si osserva come «business customers generally have the knowledge to make their own judgments about standards of professional performance and thus do not need the same level of protection as individuals».

<sup>110</sup> Cfr. ancora C. FUMAGALLI, M. MOTTA, cit. (nt. 107), p. 426.

*selection* potrebbero scoraggiare taluni professionisti a offrire servizi qualitativamente elevati, dall'altro, altri professionisti potrebbero trarre benefici dalle carenze informative dei clienti assumendo comportamenti opportunistici e offrendo prestazioni inadeguate<sup>111</sup>.

In tale contesto, inoltre, da non sottovalutare è 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 (anche i più capaci) a ridurre mediamente il proprio impegno<sup>112</sup>.

Ora, se di certo l'assegnazione in capo agli ordini e ai collegi di funzioni di garanzia della professionalità e della moralità degli iscritti agli albi è utile e rassicurante per i consumatori, le asimmetrie potrebbero essere combattute nel mercato in modi diversi: dai consumatori attraverso un incremento dello scambio di informazioni<sup>113</sup> e dai professionisti che, riconoscendo i vantaggi derivanti dal pubblicizzare la migliore qualità dei servizi prestati, potrebbero predisporre autonomi sistemi di certificazione della qualità dei servizi stessi.

---

<sup>111</sup> In tal senso cfr. G. BRUZZONE, *Le restrizioni normative e amministrative alla concorrenza nei servizi privati: una prospettiva orizzontale*, in "Concorrenza bene pubblico", Confindustria Centro Studi, 2006, p. 12; G. OLIVIERI, cit. (nt. 88), p. 71, in cui l'autore rileva come i comportamenti opportunistici tenuti dai professionisti e il rischio di selezione avversa potrebbero essere ridotti attraverso una regolamentazione che introducesse misure correttive volte ad assicurare minimi di qualità nella prestazione di servizi professionali.

Per una analisi dei comportamenti opportunistici tenuti dai professionisti v. R. VAN DEN BERGH, *Towards Efficient Self-Regulation in Markets for Professional Services*, in *European Competition Law Annual*, 2004, *The Relationship Between Competition Law and (Liberal) Professions*, Ehlermann-Atanasiu, p. 155 ss., in cui l'autore dimostra come questi potrebbero essere incentivati (in ragione del vantaggio informativo di cui godono) a offrire un servizio che ecceda le effettive necessità del consumatore, al solo fine di massimizzare le proprie rendite.

<sup>112</sup> In tal senso v. M. PELLIZZARI, J. ORSINI, *Dinastie d'Italia. Gli ordini tutelano davvero i consumatori?*, Università Bocconi Editore, Milano, 2012, p. 29 ss. 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 di ogni incarico.

<sup>113</sup> A mero titolo esemplificativo, i consumatori potrebbero incrementare lo scambio informativo utilizzando lo strumento delle referenze come meccanismo valido a creare un *feedback* oggettivo o meglio una sorta di indice di gradimento per ciascun professionista. Sugli effetti positivi che il meccanismo delle *referrals* potrebbe produrre cfr. A. FLETCHER, cit. (nt. 45), p. 83, la quale evidenzia come in tal modo i consumatori meno esperti potrebbero essere indirizzati verso professionisti che offrono buoni servizi.

Il secondo fattore è rappresentato dalla presenza di esternalità e cioè di possibili conseguenze negative per soggetti-terzi estranei al rapporto professionale<sup>114</sup>. Anche in tal caso è necessario che l'ordinamento intervenga sia attraverso l'introduzione di norme volte a imporre standard minimi di competenza professionale, sia attraverso la predisposizione di regole in materia di responsabilità del professionista che sembrerebbero essere il deterrente più efficace per scoraggiare eventuali comportamenti opportunistici<sup>115</sup>.

Il terzo e ultimo fattore è rappresentato dalla necessità di assicurare la produzione di «beni pubblici<sup>116</sup>» secondo quantità e qualità adeguate alla loro rilevanza sociale<sup>117</sup>. Questa necessità comporterebbe che, ove una determinata regolamentazione venisse riconosciuta come necessaria al corretto esercizio della professione (in conformità con le modalità organizzative dello Stato membro), essa dovrà ritenersi compatibile con la normativa *antitrust* pur se scaturente da un accordo di imprese rilevante ai sensi dell'art. 101 TFUE.

L'insieme di tali fattori ostacola il corretto funzionamento dei meccanismi di mercato nella produzione dei servizi professionali e richiede l'adozione di norme specifiche al fine di garantire la qualità dei servizi professionali nonché di proteggere i consumatori dai comportamenti scorretti tenuti dai professionisti che offrono le loro prestazioni sul mercato<sup>118</sup>. Da tener presente comunque che, talvolta, neanche il controllo svolto dagli ordini professionali sul possesso in capo

---

<sup>114</sup> Su tale punto v. COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali*, 9 Febbraio 2004, p. 9, punto 26, reperibile sul sito [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), in cui è riportato l'esempio del controllo negligente dei conti di una società, da parte di un revisore esterno, che potrebbe danneggiare i creditori o i risparmiatori che hanno investito nei titoli di quella società. In tal caso, lo strumento contrattuale non sembrerebbe idoneo a prevenire rischi di questo tipo, in quanto i clienti, non avendo interesse a richiedere al professionista una prestazione di livello adeguato, potrebbero optare per una meno onerosa riversando sulla collettività il costo della imperizia e della negligenza professionale.

<sup>115</sup> Così v. I. PATERSON, M. FINK, A. OGUS et al., *L'impatto economico della regolamentazione nel settore delle professioni liberali in diversi stati moderni. Studio realizzato per la commissione europea*, Institute for Advanced Studies, Vienna, Gennaio 2003, reperibile sul sito internet [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu), p. 16.

<sup>116</sup> Tale termine è ripreso da G. OLIVIERI, cit. (nt. 88), p. 73, il quale intende per beni pubblici: l'amministrazione della giustizia, la salute e l'ambiente che rappresenterebbero un valore per l'intera collettività.

<sup>117</sup> In tal senso v. COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali*, 9 Febbraio 2004, p. 10, punto 27, reperibile sul sito [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

<sup>118</sup> In tal senso v. G. OLIVIERI, cit. (nt. 88), p. 73 s.

al professionista dei requisiti minimi per l'esercizio dell'attività può essere sufficiente a garantire la qualità della prestazione posta in essere<sup>119</sup>. Tuttavia, grazie all'espletamento della funzione di garanzia del possesso dei requisiti minimi da parte del professionista attribuita agli ordini e ai collegi professionali, il consumatore troverebbe meno rischioso rivolgersi a professionisti non ancora affermati favorendo la concorrenza nel mercato professionale<sup>120</sup>.

*7. Bilanciamento: applicazione moderata, selettiva e non uniforme delle regole della concorrenza ai professionisti intellettuali.*

Come si è visto una serie di fattori<sup>121</sup> – *rectius* di fallimenti di mercato – ha determinato lo speciale inquadramento giuridico delle professioni intellettuali, in assenza del quale e della disciplina *ad hoc* da questo derivante, lo svolgimento delle stesse causerebbe gravi ripercussioni sul benessere comune.

I tratti caratteristici che differenziano giuridicamente la figura del professionista da quella dell'imprenditore sommati alla presenza di fallimenti di mercato, sembrerebbero pertanto suggerire una applicazione moderata, selettiva e non uniforme delle regole della concorrenza ai soggetti esercenti una attività rientrante nella definizione di professione intellettuale regolamentata<sup>122</sup>. In quest'ottica, alcune attività professionali

---

<sup>119</sup> Ad esempio, anche se solamente i laureati in medicina che abbiano conseguito una specializzazione in endocrinologia possono esercitare l'attività di endocrinologi, ovviamente, tali requisiti minimi non garantiscono che il singolo specialista sia un buon medico che non commetterà errori. Tuttavia, è ragionevole ritenere che un soggetto in possesso di tali requisiti compirà, in media, meno errori di un tale che presti la stessa attività abusivamente senza aver mai seguito un corso di medicina nella sua vita.

<sup>120</sup> Cfr. M. PELLIZZARI, J. ORSINI, cit. (nt. 112), p. 33.

<sup>121</sup> Per uno studio concernente le circostanze in forza delle quali i professionisti intellettuali godono di una disciplina di favore v. G. OLIVIERI, *Obblighi, responsabilità e compensi del professionista-imprenditore*, Relazione presentata al Convegno "Libere professioni e diritto della concorrenza, Università degli Studi di Roma La Sapienza", Roma, 2005; M. LAMANDINI, *Professioni intellettuali e libertà di concorrenza: Pubblicità e contrattazione del professionista*, Relazione presentata al Convegno "Libere professioni e diritto della concorrenza, Università degli Studi di Roma La Sapienza", Roma, 2005.

<sup>122</sup> Sul punto v. G. GHIDINI, V. FALCE, cit. (nt. 45), p. 386; C. GOLINO, cit. (nt. 16), p. 119.

Cfr. anche V. PUTORTI', *Prestazioni d'opera intellettuale e regole della concorrenza*, in *Persone e mercato*, p. 142, nt. 55, il quale sottolinea come i risultati cui si è pervenuti in ambito comunitario non dovrebbero essere estesi astrattamente, genericamente e meccanicamente alle professioni intellettuali.

incidono su beni e valori primari (talvolta di rango costituzionale<sup>123</sup>) che, superando il rapporto privatistico nascente dalla singola prestazione, possono determinare esternalità negative in capo alla collettività, comportando una prestazione professionale inadeguata una serie di costi sociali rilevanti.

Ebbene, per garantire l'integrità e la competenza dei professionisti nella fornitura di servizi professionali (e dunque per ragioni di interesse generale piuttosto che di mero interesse di categoria), potrebbero quindi essere necessarie regolamentazioni volte a disciplinare una serie di profili rilevanti concernenti aspetti quali: la qualificazione professionale, l'esame di Stato, l'iscrizione all'albo, le riserve di esercizio, i tirocini, la fissazione e la raccomandazione dei prezzi delle prestazioni professionali, i divieti o i limiti alla pubblicità e le modalità di esercizio delle attività professionali<sup>124</sup>.

Sembrando, dunque, evidente che una certa dose di *regulation* nel settore delle professioni sia necessaria, il punto centrale oggetto di discussione tra AGCM, Commissione e Corte di giustizia, da un lato, e gli ordini e i collegi professionali, dall'altro, è la verifica della proporzionalità della regolamentazione stessa rispetto alle finalità perseguite<sup>125</sup>. Bisognerà accertare, nel caso concreto, se, da un lato, la regolamentazione delle professioni sia effettuata con mezzi adeguati rispetto agli obiettivi di interesse generale perseguiti e dall'altro, e in un secondo momento, se tali mezzi rappresentino la soluzione meno restrittiva per il raggiungimento di detti obiettivi<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> 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 M. LIBERTINI, *Brevi riflessioni sul d.d.l. n. 5092 e sui principi costituzionali e comunitari in materia di attività professionali intellettuali*, in *Foro it.*, 1999, III, p. 469 ss.; E. BERGAMINI, cit. (nt. 70), p. 91.

<sup>124</sup> Sui vantaggi derivanti da una regolamentazione *ex ante* del settore delle professioni intellettuali cfr. A. FLETCHER, cit. (nt. 45), p. 77, la quale evidenzia come tali misure incentivino i professionisti a non offrire servizi professionali qualitativamente scadenti e a non stimolare la formazione di *unnecessary demand*.

<sup>125</sup> Al riguardo, v. G. TESAURO, *Regulation of professional services*, presentato in occasione della "Conference on the regulation of professional services", Bruxelles, 2003, reperibile sul sito internet [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

<sup>126</sup> In proposito, v. sempre G. GHIDINI, V. FALCE, cit. (nt. 45), p. 387.

In termini generali, le principali autorità di concorrenza ritengono che le regolazioni stringenti e pervasive possano incidere negativamente sulla libertà dei singoli professionisti e possano arrecare danni in prospettiva concorrenziale poiché comporterebbero: un innalzamento delle barriere all'ingresso nel mercato professionale<sup>127</sup> e un'alterazione del meccanismo di formazione dei prezzi con conseguente rafforzamento delle rendite di posizione dei professionisti e attribuzione agli stessi di ingiustificati vantaggi concorrenziali. In tale ottica, le regolazioni aperte e flessibili sembrerebbero, invece, favorire la crescita e incidere meno profondamente sulla concorrenza tra professionisti<sup>128</sup>.

Tale impostazione promuove l'inserimento, nel settore delle professioni, di principi di *competition policy* volti a garantire il corretto svolgimento delle stesse e diretti alla rimozione delle regolamentazioni tese a proteggere esclusivamente gli interessi degli appartenenti a una determinata categoria professionale. In questo senso, appaiono sempre più forti le tendenze volte alla sostituzione dell'attuale normativa sulle professioni con una regolamentazione aperta e flessibile che garantisca la qualità delle prestazioni professionali con l'individuazione di «alcune coordinate regolatorie essenziali<sup>129</sup>», favorendo la crescita e l'innovazione. I costi derivanti da un eventuale eccesso di regolazione delle professioni intellettuali si rifletterebbero, infatti, non solo sui consumatori ma anche sulle imprese, che utilizzano i servizi professionali come fattori intermedi della produzione, determinando un forte incremento dei prezzi dei loro

---

<sup>127</sup> In senso contrario v. A. FLETCHER, cit. (nt. 45), p. 75, la quale sottolinea come barriere all'ingresso basate su requisiti qualitativi o di esperienza possano incrementare la qualità dei servizi professionali in tre modi: in primo luogo, attenuando il rischio che i professionisti offrano servizi senza avere le giuste competenze e conoscenze; in secondo luogo, in quanto un professionista altamente preparato dovrà impegnarsi meno per ottenere un lavoro qualitativamente dignitoso e conseguentemente i benefici derivanti dal sottrarsi ai propri doveri saranno inferiori; in terzo luogo, in quanto le difficoltà incontrate per beneficiare dei requisiti validi per richiedere l'ammissione a un albo professionale ridurranno gli incentivi a imbrogliare o a concorrere slealmente, aumentando i costi inerenti al pericolo di essere radiati.

<sup>128</sup> In tal senso v. COMMISSIONE UE, *Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali*, 9 febbraio 2004, p. 8, punto 16, reperibile sul sito [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), in cui si dispone che «nei mercati di paesi relativamente poco regolamentati non vi sono segni di malfunzionamento dei mercati. Dunque, maggiore libertà nelle professioni consentirebbe una maggiore creazione di ricchezza complessiva».

<sup>129</sup> G. GHIDINI, V. FALCE, cit. (nt. 45), p. 391.

prodotti e un conseguente svantaggio competitivo nei confronti delle imprese concorrenti<sup>130</sup>.

D'altra parte, se già l'esperienza di altri paesi europei fornisce indicazioni contraddittorie in tema di alleggerimento della regolamentazione delle professioni intellettuali<sup>131</sup>, non possono trascurarsi una serie di altri fattori fondamentali: in primo luogo, la valutazione della proporzionalità di una certa misura di regolamentazione richiede operazioni complesse che non consentono l'utilizzo di formule generali valevoli per tutti i paesi e per tutte le professioni in quanto le modalità per assicurare il corretto esercizio di una professione sono strettamente collegate al contesto giuridico-economico in cui queste vengono prestate<sup>132</sup>; in secondo luogo, l'adozione in uno Stato di norme meno stringenti di quelle vigenti in un altro Stato non è la dimostrazione del fatto che le disposizioni vigenti nel secondo siano sproporzionate o

---

<sup>130</sup> In proposito v. E. ALLEGRA, L. MAGNANI, *I costi della regolamentazione delle professioni*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2005, 1, p. 9 ss., in cui si evidenzia come il peso della regolamentazione delle professioni e i maggiori costi conseguenti alla stessa, gravino soprattutto sulle imprese e solo indirettamente sui consumatori finali, sotto forma di aumento dei prezzi dei beni che utilizzano i servizi professionali come *input intermedi*.

<sup>131</sup> In proposito cfr. L. EVANS, M. LAURILA, R. PASERMAN, *Professional services, recent EU developments and work in progress*, in *European Competition Law Annual*, 2004, *The Relationship Between Competition Law and (Liberal) Professions*, Ehlermann - Atanasiu, p. 517 ss.; J.D. COOKE, *Vocation as a commodity*, *ivi*, p. 229 ss. Tali autori riportano una serie di esempi tendenti a dimostrare che non sempre a una riduzione della regolamentazione corrispondono un aumento della concorrenza e vantaggi per i consumatori.

In Danimarca, ad esempio, la soppressione del regime dei prezzi e la rimozione dei vincoli pubblicitari non hanno innescato l'attesa ripresa concorrenziale del mercato e un conseguente abbassamento dei prezzi dei servizi offerti. In Olanda, invece, la riduzione della regolazione in tema di pubblicità e del regime dei prezzi fissi per alcune prestazioni in ambito di professione notarile ha comportato, contrariamente alle aspettative, che, nell'arco di 4 anni, i compensi delle prestazioni notarili siano aumentati del 12%. In Irlanda, infine, l'eliminazione dei divieti pubblicitari in tema di prestazioni di servizi legali e il conseguente ricorso a forti politiche pubblicitarie ha comportato effetti così negativi sul benessere dei consumatori da spingere a un reinserimento della regolamentazione in materia.

<sup>132</sup> In tal senso v. le Conclusioni dell'avvocato Generale Léger 10 luglio 2001, in relazione al caso *Wouters*, in *Raccolta*, 2002, p. 1577.

Così v. anche la Risoluzione del Parlamento europeo 2137/2006/CE, in cui, pur sottolineando la necessità di eliminare gli ostacoli alla concorrenza non giustificati e nocivi all'interesse generale, si fa salva la possibilità degli Stati membri di emanare regolamentazioni legate a peculiarità tradizionali, geografiche e demografiche.

eccessive<sup>133</sup>; in terzo luogo, il passaggio da una forma di regolamentazione ingessante a una più flessibile comporta dei costi e produce degli effetti sul benessere dei consumatori che andrebbero attentamente valutati<sup>134</sup>.

In sostanza, nel settore delle professioni, sembrerebbe preferibile l'approccio di chi<sup>135</sup> ritiene che si debba procedere gradatamente all'innesto di principi di *competition policy*, sottoponendo le singole normative a una valutazione *case by case* in considerazione del loro oggetto, del contesto in cui si inseriscono e delle loro finalità. Dunque, appare necessario esaminare le singole problematiche anticoncorrenziali rilevate in ambito nazionale e comprenderne la *ratio* per verificare se le misure restrittive della concorrenza siano giustificabili in quanto poste in essere a tutela della salvaguardia delle professioni intellettuali e dei soggetti che ne usufruiscono.

Inoltre, bisogna tener presente che, se un incremento dell'accesso alle libere professioni e un'abolizione del monopolio di cui determinate professioni godono per l'esercizio di alcune attività (attività esclusive) provocherebbero come effetto positivo una maggiore possibilità di scelta in capo all'utente e quindi un mercato delle professioni liberali più competitivo, tutto ciò potrebbe riservare effetti negativi sul versante dell'esigenza di servizi professionali sempre più qualificati e sicuri avvertita sia dal legislatore italiano che da quello comunitario.

Sulla base di ciò, nell'ottica di una modernizzazione dell'assetto della disciplina delle professioni regolamentate, appare impossibile non tener conto del fatto che le tendenze dirette verso l'industrializzazione, la spersonalizzazione delle professioni nonché verso una liberalizzazione

---

<sup>133</sup> In tal senso cfr. M. SIRAGUSA, *Critical remarks on the Commission's legal analysis in its report on competition in professional services*, in *European Competition Law Annual*, 2004, *The Relationship Between Competition Law and (Liberal) Professions*, Ehlermann - Atanasiu, in cui l'autore nota come la proporzionalità o meno di una regolamentazione vada valutata sul presupposto che la percezione e il contesto che fa da sfondo ad una professione variano da paese a paese.

<sup>134</sup> Così v. G. GHIDINI, V. FALCE, cit. (nt. 45), p. 388, in cui gli autori notano come la soppressione del regime tariffario e delle limitazioni alla pubblicità possano aumentare l'asimmetria informativa del professionista rispetto al consumatore. Quest'ultimo infatti, essendo esposto a una moltitudine di informazioni, potrebbe uscirne ancora più confuso in relazione al professionista cui rivolgersi per meglio soddisfare le proprie esigenze.

<sup>135</sup> In tal senso v. ancora G. GHIDINI, V. FALCE, cit. (nt. 45), p. 392, in cui gli autori si auspicano, inoltre, che gli indirizzi concorrenziali si traducano in corrispondenti linee normative sostenute da razionalità economica e coerenti con i valori meta-economici cui l'esercizio delle professioni deve attenersi.

sfrenata delle modalità di accesso e di esercizio delle stesse, potrebbero contrastare nettamente con le esigenze di controllo e garanzia dei prodotti e dei servizi prestati dai professionisti stessi<sup>136</sup>.

Il futuro terreno di dibattito sembrerebbe essere costituito pertanto dalla individuazione del giusto rapporto tra regolamentazione e qualità. Ne deriva che le ricerche future dovranno essere tese a stabilire se le liberalizzazioni nel settore delle professioni intellettuali regolamentate comportino necessariamente influssi negativi sulla qualità delle prestazioni fornite dai professionisti operanti nei mercati di riferimento. Per far ciò, non può non rilevarsi la crescente esigenza di completi e aggiornati studi empirici volti ad analizzare il rapporto tra le liberalizzazioni e una serie di variabili quali il prezzo, la qualità dei servizi professionali offerti sul mercato nonché il gradimento dei clienti.

In conclusione, è bene tenere presente che, in Italia, il legislatore ha la responsabilità di aver iniziato un processo teso allo stravolgimento dello *status* originariamente attribuito ai professionisti intellettuali ma senza aver portato fino in fondo tale trasformazione. Se si guarda alle disposizioni che hanno definitivamente abolito le tariffe, favorito l'uso della pubblicità professionale, sanzionato le norme dei codici deontologici in contrasto con la normativa *antitrust* e che hanno introdotto la possibilità di costituire s.t.p. con ammissione di soci di investimento, il professionista sembrerebbe essere stato decisamente equiparato (seppure ingiustificatamente) a un imprenditore.

Tuttavia, se si osservano le leggi che hanno introdotto l'obbligo di assicurazione contro la responsabilità civile, il dovere di aggiornamento continuo e che consentono di costituire s.t.p. sottostando a forti limitazioni e, comunque, senza separare la responsabilità della società (nel caso in cui sia di capitali) da quella del socio-professionista, l'equiparazione cui si era precedentemente pervenuti sembrerebbe vacillare.

Evidente è l'incoerenza del legislatore che, da un lato, pretende di liberalizzare le professioni intellettuali, e, dall'altro, impone ai professionisti stessi modalità di organizzazione della attività che, se gli stessi dovessero essere considerati degli imprenditori a tutti gli effetti,

---

<sup>136</sup> In proposito, cfr. G. MUSOLINO, cit. (nt. 102), p. 779 s., in cui l'autore osserva che la dimensione industriale e imprenditoriale, con le relative regole concorrenziali, è più idonea alle produzioni in massa e in serie che al lavoro dei professionisti intellettuali, ove l'attenzione per i casi specifici e le necessità del singolo cliente possono portare, al più, a una similitudine con il lavoro dell'artigiano.

dovrebbero essere lasciate alla loro scelta discrezionale<sup>137</sup>. La conseguenza di tali incertezze legislative è che i professionisti, pur essendo sottoposti sempre più alle regole del mercato concorrenziale, non potranno beneficiare di quei vantaggi e di quei sussidi previsti esclusivamente per le imprese<sup>138</sup>.

Allo stesso modo, in Europa, alla attribuzione della qualifica di impresa a tutte le attività economiche (effettuata dalla Corte di giustizia), non è seguita una decisa e coerente liberalizzazione delle disposizioni dettate per le professioni intellettuali in quanto la stessa giurisprudenza comunitaria, dopo essersi mossa nella direzione dell'applicazione delle regole della concorrenza ai servizi professionali, ha assunto una posizione statica, consentendo il recupero di posizioni da parte delle componenti della società avverse a ogni forma di liberalizzazione<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Così v. G. SILECI, *Professionisti o imprenditori? Una riforma in mezzo al guado*, in *Il Sole 24 ore Guida al diritto*, 30 luglio 2013, reperibile sul sito internet [www.diritto24.ilssole24ore.com](http://www.diritto24.ilssole24ore.com), il quale ritiene inoltre che fare impresa significa poter decidere se offrire prodotti di alta qualità, che hanno richiesto un forte investimento produttivo, a un prezzo elevato oppure puntare sulla produzione di beni di qualità e prezzo decisamente più bassi. Per far ciò, l'imprenditore dovrà attuare specifiche strategie strettamente collegate alla sua discrezionalità nella fase dell'organizzazione imprenditoriale. Seguendo tale impostazione, il professionista non godrebbe della medesima discrezionalità e libertà dell'imprenditore in quanto dovrebbe sottostare a una serie di doveri tra cui, a mero titolo esemplificativo, l'obbligo di assicurarsi per la responsabilità civile.

<sup>138</sup> Così v. CORTE DI CASS., sentenza 26 giugno 2013, n. 16092, reperibile sul sito [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it), in cui la Suprema Corte nega a un professionista di poter avvantaggiarsi dello sgravio contributivo previsto per le imprese che abbiano assunto dipendenti a causa della assenza, nell'attività compiuta dal professionista, della necessaria componente organizzativa e in particolare di un apparato produttivo stabile, complesso e composto da beni strumentali e lavoratori.

In dottrina v. invece M. RESCIGNO, *"Per scelta del legislatore": professioni intellettuali, impresa e società*, in *Age*, 1, p 201, il quale rileva come ad esempio sottrarre i professionisti intellettuali al fallimento, al giorno d'oggi, non costituisca affatto un privilegio quanto un aggravamento della posizione di tali soggetti. In effetti, le riformate procedure concorsuali sembrerebbero rivolte «più a mettere a disposizione delle imprese mezzi di soluzione non fallimentare della crisi che a sanzionare l'insolvenza con in fallimento» risultando in tale ottica più vantaggiose rispetto alla normativa sulla crisi da indebitamento.

<sup>139</sup> In tal senso v. le considerazioni di V. MELI, *La pubblicità degli avvocati*, in *Analisi giur. econ.*, 2005, 41 ss.