

Le responsabilità del "Professionista"

di Marco Loro

Il nostro legislatore qualifica e la magistratura meglio rappresenta le professioni intellettuali come quelle attività che si caratterizzano in virtù e in considerazione dell'importanza che assume la cultura e l'intelligenza del soggetto che la svolge. Trattasi di attività che, onde poterli differenziare da quelle svolte dal lavoratore o prestatore d'opera, anche di natura intellettuale, alle dipendenze di un datore di lavoro, devono di necessità esprimersi nella piena autonomia del soggetto agente.

LA FIGURA DEL PROFESSIONISTA

Le "professioni intellettuali" sono previste e disciplinate, innanzitutto, dalla Costituzione, che all'articolo 33, quinto comma, stabilisce l'obbligo del superamento di un esame di Stato, normalmente post-laurea, senza del quale non è possibile ottenere l'abilitazione professionale, quindi dal codice civile, nell'ambito della disciplina del lavoro autonomo, che è contenuta negli articoli dal 2229 al 2238 nonché da una serie di normative speciali connesse alle diverse specializzazioni e materie.

L'articolo 2229 del codice civile, in particolare, allacciandosi a quanto previsto dall'articolo 33 della Costituzione stabilisce che l'esercizio delle "libere professioni" (gergo utilizzato comunemente per distinguerle dai rapporti di lavoro subordinato o parasubordinato in genere) presuppone obbligatoriamente l'iscrizione in appositi albi professionali espressamente previsti dalla legge; questo vale per la maggior parte di esse. L'inserimento nel libro quinto, titolo terzo, del codice civile, in quanto dedicato al lavoro autonomo, equivale a riconoscimento di un potere discrezionale esclusivo del soggetto agente su quelle che sono le modalità di esecuzione della prestazione affidatagli. Ai sensi di quanto previsto dall'articolo 2230 del codice civile, inoltre, la disciplina dettata per il contratto d'opera in generale viene ritenuta applicabile anche alla fattispecie delle professioni intellettuali, ove compatibile con la natura del contratto. La differenza maggiormente qualificante le due diverse tipologie di attività e di contratto, è costituita dal

fatto che mentre nel contratto d'opera l'attività lavorativa è volta al raggiungimento di un determinato risultato, nel contratto d'opera intellettuale la prestazione consiste in un determinato comportamento rispetto ad un risultato stabilito dal cliente-committente che però può anche non essere raggiunto. È per questo motivo che si qualifica il contratto d'opera come un'obbligazione di risultato e il contratto d'opera intellettuale come un'obbligazione di soli mezzi.

Il fatto che le professioni intellettuali siano svincolate dal risultato, però, non deve portare a considerare che il professionista non si assuma o abbia responsabilità.

L'evoluzione normativa di questi anni, infatti, conduce ad una considerazione diametralmente opposta, che vede assegnate al professionista grandi responsabilità connesse a ruoli di primo piano in quasi tutti i settori. La differenziazione tra obbligazione di risultato e di mezzi, più in particolare, è giustificata dal fatto che occorre riferirsi, da un lato, al risultato per esperire azioni di responsabilità e risarcimento nei confronti dell'agente; mentre, da un altro lato, per svolgere dette azioni occorrerà dimostrare che, non il risultato appunto, bensì l'attività, il comportamento o più in generale le azioni poste in essere dal soggetto agente non sono state caratterizzate da quella diligenza, esperienza e competenza che era ragionevole attendersi. L'inadempimento del professionista non può quindi derivare dal mancato raggiungimento del risultato posto come obiettivo dal cliente, ma deve considerare la violazione dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale e della diligenza prevista dall'articolo 1176, comma 2, del codice civile, che considera la natura dell'attività esercitata e si riferisce dunque alla diligenza media che il professionista medio deve avere nello svolgimento di un incarico.

Merita particolare attenzione la limitazione della responsabilità del professionista prevista dall'articolo 2236 del codice civile, ovvero la disciplina prevista per il caso in cui il professionista sia chiamato a risolvere problemi tecnici di particolare difficoltà, la quale viene a limitare in modo significativo la responsabilità dell'agente chiamandolo

a risponderne del proprio operato solo in caso di dolo o di colpa grave. Una considerazione, al riguardo, è che mentre nel contratto d'opera, in generale, il rischio ricade sempre e solo sul prestatore d'opera, in detti casi il risultato e/o le conseguenze dell'opera e/o delle prestazioni effettuate dal professionista intellettuale ricadono sul committente, che dovrà tenere conto dell'alea cui è soggetto per l'effetto. Ecco quindi che la libertà di scelta del professionista costituisce una ulteriore quanto fondamentale peculiarità della professione intellettuale, che si manifesta, da un lato, con la duplice facoltà di assumere o meno e/o affidare o meno un incarico a seconda della difficoltà, esperienza e di tutte quelle variabili che concorrono alla formazione della scelta e, da un altro lato, la possibilità, una volta affidato e accettato l'incarico medesimo, di poter scegliere il professionista le modalità reputate più adatte a realizzare l'oggetto del contratto. Sotto diverso profilo il contratto d'opera intellettuale è qualificato come contratto a prestazioni corrispettive, in quanto il professionista si obbliga ad eseguire una prestazione di carattere intellettuale in cambio del compenso pattuito, ovvero in caso di mancata pattuizione stabilito dalle tariffe professionali o anche, per il caso di disaccordo con il cliente, determinato dal Giudice.

Il fatto che si tratti di un'obbligazione di mezzi e non di risultato comporta che il compenso spettante al professionista è dovuto, a prescindere dal raggiungimento dell'obiettivo. L'esperienza statunitense ha peraltro trovato terra fertile anche nel nostro ordinamento e determinati comportamenti un tempo vietati, come per gli avvocati il c.d. "patto leonino", trovano oggi sempre più diffusa applicazione. Al riguardo si deve specificare che il patto leonino cui ci si riferisce non è quello di cui all'articolo 2265 del codice civile - il quale articolo dichiara nullo ogni patto tra soci in forza del quale alcuni di essi siano esclusi dalla partecipazione agli utili o alle perdite - bensì al contratto in forza del quale un avvocato americano può richiedere e ottenere dal cliente una percentuale (anche sino ad un terzo) dell'ammontare del risarcimento del danno, fatto conseguire al proprio cliente che in Italia era vietato dal codice deontologico.

NEGLIGENZA, IMPERIZIA E IMPRUDENZA

L'articolo 2230 del codice civile individua quale oggetto del contratto le prestazioni di opera intellettuale; queste devono essere valutate, come detto, in base al dovere di diligenza che, però, non è quella generale prevista dall'articolo 1176, primo comma, del codice civile, ovvero quella del buon padre di famiglia, ma deve essere parametrata in relazione alla natura dell'attività esercitata e alle concrete circostanze in cui la prestazione deve svolgersi, così come prevede il secondo comma di detto articolo. Nell'ipotesi in cui il professionista dimostri di aver concluso l'incarico affidatogli, pertanto, spetterà e sarà onere del committente provare eventuali colpe per inosservanza o violazione delle regole tecniche e dell'arte.

Un parametro tutt'altro che secondario al fine di valutare l'adempimento del professionista è costituito dal rispetto degli obblighi di informazione; il professionista è infatti tenuto ad informare il committente sui rischi derivanti dall'attività che andrà a svolgere. Al riguardo si considerano come idoneamente fornite anche tutte quelle informazioni che il professionista trasmette alla committente durante la c.d. fase precontrattuale e, in generale, quelle contenute nella corrispondenza scambiata prima del conferimento dell'incarico.

Il professionista, inoltre, deve essere rilevato che è responsabile anche per l'opera di eventuali ausiliari o sostituti, come stabilisce l'articolo 2232 del codice civile. In tale ultima ipotesi è fatta comunque salva la possibilità per il professionista di procedere ad azioni di rivalsa nei confronti di detti ausiliari o sostituti ove chiamato al risarcimento dei danni causati per effetto diretto dell'operato degli stessi. È invece negata ogni facoltà per la parte committente ad agire direttamente nei confronti degli ausiliari o sostituti del professionista, salvo che l'incarico sia stato affidato ad una associazione di professionisti o studio associato, in quanto in specie il committente potrà agire nei confronti di tutti i professionisti facenti capo all'associazione.

Onde poter ipotizzare e quindi determinare la responsabilità contrattuale del professionista non è sufficiente provare l'esistenza di un evento dannoso.

Al suddetto fine occorre infatti provare l'esistenza del c.d. nesso di causalità, vale a dire occorre provare che il danno è conseguenza diretta dell'inadempimento del contratto d'opera ovvero, in altre parole, che tale danno non si sarebbe realizzato se il professionista avesse eseguito in modo corretto l'obbligazione assunta. L'onere di dimostrare l'inadeguatezza della prestazione professionale e l'esistenza del rapporto di causalità tra il danno e l'inadempimento del prestatore d'opera intellettuale è a carico del cliente che agisce per il risarcimento; mentre al professionista, per liberarsi da ogni responsabilità al riguardo, spetterà di dimostrare che era impossibile eseguire correttamente la prestazione commissionata. La valutazione da compiere, ai fini dell'accertamento del danno sofferto, deve considerare il pregiudizio causato al committente dal comportamento posto in essere dal professionista, ivi compresa la perdita di opportunità subita in relazione all'opera prestata. Ecco che al fine di individuare il nesso di causalità presupposto di responsabilità sovviene in primo luogo il criterio della diligenza, e più in particolare, come detto, quella di cui all'articolo 1176, secondo comma, del codice civile: vale a dire l'obbligo del professionista di ricorrere a tutti quegli accorgimenti che si rivelano necessari a rendere raggiungibili gli obiettivi richiesti dal committente.

Il secondo presupposto, invece, è quello della perizia, ossia l'abilità tecnica richiesta per l'esercizio di quella determinata professione. Il fatto che la condotta effettivamente tenuta dal professionista debba essere rapportata alla natura

dell'incarico e alle concrete circostanze in cui la prestazione deve essere svolta, comporta che se a livello teorico è semplice identificare la diligenza come un comportamento idoneo a realizzare il risultato atteso; a livello pratico non risulta altrettanto facile individuare tale elemento, peraltro indispensabile a determinare cosa si deve considerare per adempimento.

La corretta definizione dell'inadempimento è peraltro un fattore determinante, in quanto l'articolo 1218 del codice civile prevede che, se il debitore non esegue esattamente la prestazione dovuta, è tenuto al risarcimento del danno se non prova che ciò è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. L'attenuazione della responsabilità disciplinata dall'articolo 2236 del codice civile (soli casi di dolo e colpa grave), è opportuno specificarsi, non esclude la rilevanza della colpa lieve in capo al professionista intellettuale in quanto si riferisce solo alla soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà. Il corretto assolvimento da parte del professionista dell'incarico affidatogli comporta quindi che egli utilizzi la diligenza propria del professionista con la preparazione e l'attenzione media necessarie allo svolgimento di quella precisa attività. In relazione a ciò, il concetto di inadempimento può essere ricondotto al mancato rispetto delle regole della professione considerata e degli accorgimenti che, nel loro insieme, costituiscono l'esperienza acquisita. Questo per quanto riguarda la parte oggettiva di determinazione dell'inadempimento, la quale è strettamente connessa al corretto utilizzo delle regole tecniche. Esiste, infatti, un ulteriore aspetto soggettivo rilevante ai fini della determinazione dell'inadempimento, che è costituito da ogni comportamento non adeguato rispetto all'incarico da svolgere, il quale può consistere anche in tutti quei comportamenti omissivi attraverso i quali non si è provveduto - pur essendone in facoltà - ad evitare che la prestazione divenisse impossibile o inutile. Anche in questi casi il professionista sarà ritenuto responsabile dei danni cagionati al committente. Il professionista può quindi essere considerato colpevole in relazione a tre distinte tipologie di comportamento ovvero: negligenza, imperizia e imprudenza.

Sulla negligenza devesi innanzitutto rilevare che la stessa non può essere semplicemente considerata come mancanza di diligenza, ma occorre che il professionista si sia "distinto" per una serie di comportamenti negativi che, solitamente, vengono identificati in alcune fattispecie quali la dimenticanza, la svogliatezza e la pigrizia e che assumono rilevanza in quanto precludono l'attuazione di determinate azioni.

Questi elementi e presupposti di responsabilità sono eccipienti in tutti i casi in cui venga accertata una mera omissione da parte del professionista. Per quanto riguarda l'imperizia, invece, essa è riconducibile alla mancanza di competenze da parte del professionista. La cultura e l'esperienza del professionista costituiscono infatti parte integrante

della prestazione e il professionista è tenuto ad acquisire e così anche a conservare le competenze necessarie allo svolgimento dell'attività, la quale ultima deve essere ispirata ai principi tecnici generalmente accettati.

Questo significa che il professionista è tenuto ad offrire una prestazione che corrisponda ai canoni previsti nella definizione della diligenza media di un professionista sufficientemente preparato e avveduto, quindi aggiornato e informato sulle tecnologie e sulle metodologie consigliate e applicate in virtù degli intervenuti progressi e sviluppi scientifici. Nel caso in cui il professionista fosse consapevole di non possedere i requisiti necessari allo svolgimento dell'incarico, egli dovrà quindi rifiutarlo.

Quanto all'imprudenza, essa è rilevabile tutte le volte in cui il professionista dimostri disinteresse e/o superficialità per i beni primari che il committente affida nelle sue mani. Il professionista, in altre parole, dovrà adottare i normali criteri di soluzione del caso, evitando per l'effetto procedure, anche innovative, ove le stesse si concretizzassero o comportassero un aumento ingiustificato dei rischi a carico del committente. Il concetto di imprudenza, sotto questo profilo, rappresenta quindi il limite massimo oltre al quale non può spingersi la discrezionalità del professionista. La responsabilità del professionista, in quest'ultimo caso, potrà essere fatta valere in tutti quei casi in cui, pur potendo scegliere, lo stesso abbia deciso di adottare un comportamento che presenti il maggior numero di probabilità di insuccesso. In tutti i casi sopra esposti, in forza di quanto stabilito dall'articolo 1176, secondo comma, del codice civile, il professionista risponderà anche per colpa lieve in caso di danni.

L'ERRORE PROFESSIONALE

L'errore professionale qualifica un comportamento diverso da quello che avrebbe richiesto la situazione considerata ma che non è colposo. Esso si identifica quindi con un comportamento non adatto alla situazione concreta, posto in essere da un professionista che abbia agito diligentemente, nel rispetto delle conoscenze del professionista medio appartenente a quella categoria e delle informazioni a lui note nel momento dello svolgimento dell'attività, ma ciò nonostante non conforme alle tecniche diffuse nella pratica e agli aggiornamenti della scienza.

Tale comportamento può essere sintetizzato come un'attività tecnicamente sbagliata ma non colposa e, per l'effetto, onde poter affermare la responsabilità del professionista, sarà necessario nella fattispecie dimostrare che l'errore sia frutto di incuria o di incapacità. Anche per l'ipotesi di errore, infatti, non è accettabile potersi escludere la responsabilità del professionista laddove detto errore fosse imputabile alla mancanza in capo al professionista medesimo di quel minimo di cultura e di esperienza che un ci si attende da un soggetto abilitato all'esercizio di quella particolare professione. Così anche l'errore professionale non potrà considerarsi scusabile laddove dipenda o sia frutto di un'opinione

personale, anche se espressa in buona fede, bensì occorrerà che tale opinione trovi sostegno nella complessa o controversa interpretazione delle regole dell'arte che devono essere applicate nello svolgimento di quella particolare attività. In altre parole, devono esistere condizioni oggettive idonee a indurre in errore il professionista, tali da escludere che abbia agito con superficialità o trascuratezza. Si parla quindi, in questo ultimo caso, di c.d. errore scusabile, cioè inevitabile con l'uso della diligenza media del professionista, il quale si contrappone all'errore inescusabile, ovvero a quello che si sarebbe potuto evitare con l'utilizzo della diligenza richiesta ma non posseduta a causa di mancanza di cultura e di esperienza adeguate.

PROGETTISTA E DIRETTORE LAVORI

Se il direttore dei lavori o il progettista sono nominati e/o incaricati, in relazione all'espletamento dei rispettivi compiti, dalla società appaltatrice, a cui è stata commissionata la realizzazione dell'opera, per l'ipotesi di loro manchevolezze non potrà la committente procedere nei confronti degli stessi, non avendo azione diretta. L'unico soggetto in facoltà di procedere nei loro confronti, per la citata ipotesi, sarà infatti la società appaltatrice medesima. Se, viceversa, come peraltro risulta più logico, detti professionisti siano stati incaricati dalla committente, essi assumeranno responsabilità specifiche nei confronti della stessa. In linea di principio al progettista e al direttore di lavori si applicano non le norme sull'appalto, ma quelle previste per le prestazioni d'opera. Ciò stante, come afferma l'articolo 2226 del codice civile, denuncia e prescrizione hanno termini più brevi: rispettivamente otto giorni dalla scoperta dei vizi e un anno dalla consegna dell'opera. Al riguardo, tuttavia la giurisprudenza ha sempre ammesso che questi due professionisti possano essere corresponsabili con l'appaltatore e tenuti a risarcire il committente integralmente, anche in alternativa all'appaltatore stesso, salvo poi rifarsi su di lui.

La Cassazione più recente, però, ha voluto sottolineare che per l'ipotesi di omessa sorveglianza e/o errata progettazione non ha importanza il fatto che il contratto d'opera, tipico del professionista, e quello d'appalto, appartengano a due tipologie differenti.

Se infatti il comportamento del progettista o del direttore dei lavori è stato tra le cause che hanno portato alla cattiva esecuzione, egli dovrà risponderne secondo le norme previste per l'appalto. Dall'altra parte nemmeno la società appaltatrice potrà trasferire sul direttore dei lavori o sul progettista tutte le responsabilità - ad esempio affermando di essere stata costretta ad eseguire le prescrizioni dagli stessi impartite in quanto non in possesso delle competenze necessarie per discutere - ciò con l'effetto di rimanere professionisti e impresa, solidalmente corresponsabili nei confronti della committente.

Studio legale Loro & Partners, Avv. Marco Loro, info@studioloro.it

CS
People Making Business

**PARTNER ESCLUSIVO
PER L'ITALIA**

ADDA

have FAN!

FDB System
(Fluid Dynamic Bearing)

PWM System
(Pulse Width Modulation)

DS Series
(Dynamic & Static fan design)

GP Series
(Great Performance)

Capacitor Motor AC Fan

Comestero Sistemi S.p.A.
Via Bolzano 1/E - 20059 Vimercate (MI) - Italia
Tel. +39 039 62.50.91 - Fax +39 039 66.74.79
www.comestero.com - info@comestero.com