

Data 27 APR. 2011

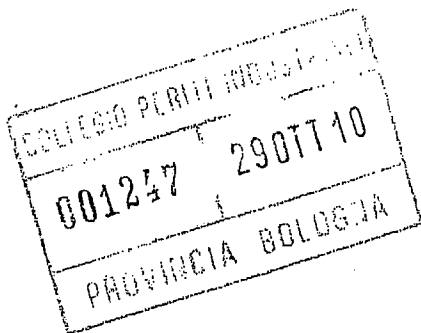
Prot. N. 634

Guerrino Ferri

Avvocato

Via Matteo Farro, 4
84127 Salerno

Tel. 089.630.78.73 - 339.53.98.052
P.iva 04028170654
avv.gferri@libero.it



Spett.le
Collegio dei Periti Industriali
e dei Periti Industriali
Laureati della provincia di
Bologna
Via della Beverara, 123
Bologna

Oggetto: PROFESSIONE LIBERA TRA AUTONOMIA E DIPENDENZA

Il Collegio di Bologna ha posto un quesito in merito alla possibilità che la libera professione può essere svolta anche in condizioni di lavoro subordinato. In caso di risposta affermativa, esplicitare quale sia la forma ed entro quali limiti può essere legittimamente esercitata.

Orbene, la risposta al quesito non può che essere affermativa. La libera professione può essere svolta anche in costanza di rapporto lavorativo subordinato.

Al di là di ogni valutazione di ordine etico e sociologico o addirittura "classista", per ricondurre l'analisi a criteri di obiettività e concretezza, sarebbe utile ricordare le caratteristiche salienti della prestazione libero-professionale, partendo da valutazioni di carattere giuridico. In tal modo, è più agevole stabilire i limiti della sfera di competenza del professionista che svolga attività in forma autonoma rispetto a colui che, diversamente dal primo, svolga l'analoga attività in forma di lavoro dipendente, pubblico o privato, su mandato dell'Ente o dell'Amministrazione di cui dipende oppure del cliente.

Orbene, la nozione di "libera" professione, a carattere prevalentemente intellettuale, trae origine dal diritto romano, che distingueva le opere "illiberales", compiute sotto lo schema di "locatio", dalle opere "liberales", generalmente ricondotte allo schema del "mandato".

Guerrino Ferri

Avvocato

Via Matteo Farro, 4
84127 Salerno

Tel. 089.630.78.73 - 339.53.98.052

P.iva 04028170654

avv.gferri@libero.it

Il committente dell'opera, meritevole di riconoscimento, offriva un "bonorarium", che con il tempo divenne obbligatorio.

Le moderne legislazioni, in particolare quella italiana, riconoscono all'attività professionale le funzioni di pubblico interesse. A queste motivazioni, s'ispira il sempre più massiccio intervento statale nella materia, soprattutto finalizzato a garantire l'identità del soggetto all'esercizio di quell'attività professionale, caratteristica indicativa della prevalente funzione sociale della categoria.

L'esercizio delle professioni è stato, pertanto, condizionato all'iscrizione in appositi albi, la cui tenuta ed il cui controllo è stato affidato ai corrispondenti Ordini e Collegi professionali, regolati da specifiche norme di legge.

Sotto il profilo negoziale, l'obbligo dell'iscrizione all'albo costituisce un requisito soggettivo del contratto d'opera e, per conseguenza, la sua carenza produce la invalidità del medesimo. A chiarimento dei termini di rapporto negoziale, sembra opportuno specificare la differenza sostanziale tra "mandato d'opera" e "locatio d'opera": nel primo è compreso, ma nella seconda è escluso, l'istituto di rappresentanza del committente. Nel mandato, infatti, il Professionista tratta nel nome e nell'interesse del soggetto dell'Impresa e non in proprio, non potendo la persona fisica o la persona giuridica, che rappresenta l'impresa o l'ente, agire altrimenti che a mezzo di propri rappresentanti. I Professionisti autonomi, o dipendenti, nell'esercizio dei singoli mandati professionali, rispondono direttamente ad essa.

La coesistenza tra attività professionale intellettuale e attività di lavoro subordinato risulta poi chiarita dall'art. 2238 c.c., il quale precisa appunto che "se l'esercizio della professione costituisce elemento di una attività organizzata in forma di impresa, si applicano anche le disposizioni del Titolo II inerente al lavoro d'impresa".

Da altro lato, la norma dispone che venga estesa la sola disciplina relativa al rapporto subordinato, e non anche quella dell'impresa, al professionista intellettuale che impieghi sostituti o ausiliari (art. 2238, comma 2, c.c.).

Guerrino Ferri

Avvocato

Via Matteo Farro, 4
84127 Salerno

Tel. 089.630.78.73 - 339.53.98.052
P.iva 04028170654
avv.gferri@libero.it

Quanto alla *ratio* di tale trattamento normativo differenziato, è necessario fare una precisazione terminologica. Infatti, essendo una certa dose di "intellettualità" presente in qualsiasi attività lavorativa, intanto si può parlare di professione intellettuale, in quanto l'intellettualità si concretizza direttamente nella prestazione che è fornita al cliente e per la quale il professionista è responsabile. In altri termini, oggetto del contratto intellettuale col cliente deve essere quel "servizio intellettuale" che presenta la peculiarità di implicare la soluzione di un problema sulla base di un sapere, con ciò rivelando un contenuto creativo o inventivo.

Proprio sulla base di tale premessa si giustifica una differente valutazione legislativa dell'attività professionale, alla quale viene riconosciuta particolare dignità, responsabilità e legame con la personalità del professionista, anche quando viene svolta attraverso un'organizzazione, anche notevole, di collaboratori e di attrezzature.

Infatti, la previsione normativa che impone l'iscrizione obbligatoria in un albo per lo svolgimento di determinate attività, che la legge riserva agli iscritti ad un albo professionale, rileva solo ai fini della nullità del contratto professionale corrispondente per mancanza della "causa", indipendentemente dal rapporto subordinato ovvero "autonomo" che legano il professionista al proprio committente.

A ciò si aggiunga che, a norma dell'art. 2094 del codice civile, titolato "Prestatore di lavoro subordinato", si stabilisce che "È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore [Cost. 36; c.c. 3, 2086, 2104]". Nella definizione che rende il codice civile sulla nozione di "prestatore di lavoro subordinato", si coglie quanto espresso in precedenza sulla assoluta liceità che l'attività intellettuale, per la quale l'ordinamento presuppone l'iscrizione in albi professionali, ex articolo 2229 codice civile, possa essere prestata in condizioni di "subordinazione" datoriale.

Guccino Ferri

Avvocato

Via Matteo Farro, 4
84127 Salerno

Tel. 089.630.78.73 - 339.53.98.052
P.iva 04028170654
avv.gferri@libero.it

Infatti, una recentissima pronuncia della **Suprema Corte di Cassazione, Sezione Lavoro** del 8 febbraio 2010, n. 2728, ha ribadito il principio della "subordinazione", affermando che *"costituisce requisito fondamentale del rapporto di lavoro subordinato - ai fini della sua distinzione dal rapporto di lavoro autonomo - il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, il quale discende dall'emanazione di ordini specifici, oltre che dall'esercizio di una assidua attività di vigilanza e controllo dell'esecuzione delle prestazioni lavorative"*.

Quindi, la "subordinazione" non riguarda la natura e la specificità dell'incarico conferito al lavoratore né al modo di attuazione della prestazione lavorativa sottesa all'incarico stesso, oggetto dell' *"ordine specifico"* del datore di lavoro, la cui realizzazione, a pena di nullità, è subordinata alla qualificazione specifica del professionista, legata all'iscrizione al relativo Ordine o Collegio professionale, ai sensi dell'art. 2229 c.c.

Infatti, prosegue la Suprema Corte, *"l'esistenza di tale vincolo va concretamente apprezzata con riguardo alla specificità dell'incarico conferito al lavoratore e al modo della sua attuazione, fermo restando che ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato sia di rapporto di lavoro autonomo"*.

Quanto precede, vale ad evidenziare che il rapporto contrattuale, che abbia ad oggetto lo svolgimento di una attività riservata all'iscritto ad un Ordine o Collegio professionale, può essere incluso nell'uno o nell'altro schema contrattuale.

Quindi, in base all'art. 2094 c.c. "è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore". La lettera della legge illustra la verticalità di un rapporto nel quale il lavoro è reso "alle dipendenze e sotto la direzione" dell'imprenditore.

Le regole imposte dagli artt. 2099 e ss., 2104, 2104, 2106 c.c. riempiono di contenuti detta verticalità per la quale il lavoratore subordinato, nell'ambito di una diligenza qualificata, deve osservare le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro impartite dal datore

Guarino Ferri

Avvocato

Via Matteo Farro, 4
84127 Salerno

Tel. 089.630.78.73 - 339.53.98.052

P.iva 04028170654

avv.gferri@libero.it

di lavoro e dai suoi collaboratori dai quali gerarchicamente dipende; tale dipendenza è resa più intensa dall'obbligo di fedeltà e dalla soggezione al potere disciplinare.

Tuttavia, constatato che qualsiasi attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che autonomo - la valutazione della legittimità di esercizio di un'attività professionale intellettuale in uno schema negoziale di subordinazione datoriale deve essere valutata sulla base della sussistenza della "subordinazione", non già in relazione all'oggetto della prestazione lavorativa di carattere intellettuale o comunque di elevata professionalità, bensì in relazione agli elementi tipici della subordinazione, appena esplicitati (in termini: Cass. Civ. Sez. Lav. 19 maggio 2000, n. 6570; Cass. Civ. Sez. Lav. 9 giugno 1998 n. 5710; Cass. Civ. Sez. Lav. 16 gennaio 1996, n. 326).

Gli indici presuntivi di ordinaria applicazione giurisprudenziale ai fini dell'individuazione del nesso logico specifico tra le effettive modalità di attuazione del rapporto e i singoli elementi costitutivi del "tipo" legale di contratto di lavoro subordinato, sono i seguenti: eterodirezione delle modalità, anche di tempo e di luogo, della prestazione; inserimento stabile del lavoratore nell'organizzazione produttiva dell'impresa; utilizzo di locali, mezzi e strutture fornite dal datore di lavoro; assenza di rischio imprenditoriale; obbligo di osservanza di un orario di lavoro e di frequenza giornaliera, con annessi obblighi di giustificazione dei ritardi e delle assenze; continuità della collaborazione, quale obbligo ideale tendenzialmente stabile di messa a disposizione da parte del dipendente delle energie lavorative; retribuzione predeterminata a cadenza fissa; pagamento dello straordinario, godimento delle ferie, versamento di contributi assicurativi; esclusività della prestazione; infungibilità soggettiva della prestazione; esercizio di mansioni meramente esecutive.

Questi sono gli elementi che definiscono il vincolo della subordinazione.

Guorino Ferri

Avvocato

Via Matteo Farro, 4
84127 Salerno

Tel. 089.630.78.73 – 339.53.98.052
P.iva 04028170654
avv.gferri@libero.it

Si evince in maniera palese che il vincolo negoziale non interferisce sulla natura della prestazione del lavoratore “professionista”, il quale svolge l’incarico nei confronti del datore di lavoro in assoluta “autonomia”.

A ciò si aggiunga che il professionista iscritto al relativo albo professionale, nonostante il vincolo di subordinazione, svolge la prestazione nelle materie riservate dalla legge, della quale resta personalmente responsabile.

Per le motivazioni sommariamente esposte, la figura del professionista dipendente non si esaurisce nella tradizionale distinzione posta dall’art. 2095 c.c. fra dirigenti, impiegati e operai, che si riferisce esclusivamente alla posizione del lavoratore subordinato nell’ambito gerarchico dell’azienda, ente o impresa. Per converso, è anche chiara l’identificazione degli atti di carattere professionale, che sono tutti quelli previsti dai singoli ordinamenti professionali.

Nel rapporto d’impiego, la figura e la posizione del professionista dipendente sono sempre distinte rispetto a quelle di altre categorie tecniche ed amministrative, perché autonomo resterà sempre l’esercizio della professione, pur se esplicitata per conto e nell’interesse dell’ente o impresa. Tra l’altro, sussistono tuttavia specifici obblighi del professionista, che prescindono dal rapporto d’impiego – iscrizione all’albo professionale, responsabilità professionale, penale, etc. – mentre il rapporto di lavoro disciplinerà le sole mansioni di carattere strettamente organizzativo, non potendo interferire negli atti giuridici compiuti sia sulla disciplina delle leggi sia sugli ordinamenti professionali estranei alla regolamentazione di quel rapporto.

Per il profilo giuridico, il “professionista” ha capacità giuridica e negoziale, riconosciuta per legge, in tutto l’ambito sociale ed il suo rapporto negoziale con il committente è configurato come “mandato d’opera professionale”.

Per quanto riguarda la coesistenza dell’attività professionale svolta nel contesto del lavoro dipendente, vi è ancora chi sostiene esservi incompatibilità ontologica tra lavoro dipendente e professione. Se dal punto di vista sociologico, non rileva alcuna differenza, vi

Guerrino Ferri

Avvocato

Via Matteo Farro, 4
84127 Salerno

Tel. 089.630.78.73 - 339.53.98.052
P.iva 04028170654
avv.gferri@libero.it

è chi sottolinea il problema dell'autonomia. Sotto il profilo di stretta semantica giuridica, è errato far ricorso al termine autonomia, perché è "autonomo" ogni potere che sfugga e agisca in sostituzione degli schemi legali ovvero, in termini di potere normativo, il potere di ricorrere ad organizzazioni munite di potestà precettiva e, quindi, pubbliche.

Secondo altri, si tratta di libertà rispetto alla fattispecie concreta, all'assunzione o meno del mandato o incarico professionale; è però più esatto – almeno sul piano giuridico – parlare di esentabilità dall'incarico astrattamente insindacabile per il libero professionista ovvero esercitabile per giustificato motivo al professionista dipendente. E' tutta qui la differenza, essendo da escludere che il professionista dipendente perda la discrezionalità nell'esercizio del proprio mandato anche se subiettivamente stabile.

Nessuna di queste prospettive, in realtà, tocca il confine dell'indipendenza, tanto più che questa indipendenza non è minacciata in punto di "an" – cioè nell'oggetto dell'esercizio professionale; al più, se una minaccia sussistesse, sarebbe nel "quomodo", ovvero nel "come". Anzi, v'è da dire che, se proponessimo una equazione rigorosa, un giudizio parametrico in punto di indipendenza tra cliente vitale e organizzazione, avvertiremmo che il cliente vitale esercita sul professionista potere di gran lunga maggiore, più penetrante e condizionante di quanto non eserciti l'organizzazione stabile.

E' quindi ottusa la tesi della incoesistibilità ontologica della professione e del rapporto dipendente; considerato per di più che alcune professioni si svolgono materialmente, e per più aspetti nella loro essenza, esclusivamente o quasi nella cornice del rapporto di lavoro continuativo (vedi, medico chirurgo per la casa di cura, avvocato per l'ufficio legale di banche, di assicurazioni, etc.). Insistere ancora nell'opinione che il dipendente non è un professionista è masochismo anche per chi la sostiene, poiché si risolve nell'illusione formale di proprietà e non in termini di imputazione sostanziale ed effettiva di disponibilità degli strumenti di servizio del proprio lavoro. Ciò riduce la professionalità in un tipo organizzativo subimprenditoriale, in una piccola sottoimpresa, concetto repulso dalla logica, rifiutato dalla storia, estraneo al diritto positivo.

Guerino Ferri

Avvocato

Via Matteo Farro, 4
84127 Salerno

Tel. 089.630.78.73 - 339.53.98.052
P.iva 04028170654
avv.gferri@libero.it

In realtà, è libera ogni professione non riservata ad organizzazioni pubbliche, sia se svolta in forma "aperta" sia con rapporto di dipendenza, sia a favore di un ente o impresa, sia di un privato. Giuridicamente, quindi, è attività professionale pubblica quella svolta da soggetti riservati (enti professionali), privata, quella svolta da soggetti autorizzati dallo Stato (professionisti), comunque esplicino la loro attività.

Nella speranza di aver sufficientemente chiarito la questione posta, l'occasione è gradita per porgere i più cordiali saluti.

Roma/Salerno, 29 ottobre 2010

Avv. Guerino Ferri

