

## Ammissibilità della prestazione gratuita dei professionisti

giovedì, 30 novembre 2017

*Il Consiglio di Stato, con Sent. n. 4614 del 2017, dando il via libera alle gare d'appalto senza compenso per i professionisti, ha ritenuto che il tipico corrispettivo, quale legittima causa del rapporto, possa essere compensato dall'ottenimento di altri vantaggi economicamente apprezzabili.*

di: **Bellini Gesuele**

La tematica della validità degli atti negoziali atipici a titolo gratuito ha da sempre costituito una delle questioni di maggiore complessità del diritto civile, in quanto tale aspetto sembrerebbe in contrasto con le previsioni dell'ordinamento giuridico che prevede come regola generale che ogni spostamento di ricchezza, ad esclusione di talune fattispecie – quali per esempio la donazione – sia sorretto da una causa in senso tecnico. Anche i rapporti di lavoro non si sottraggono a questa regola, difatti ogni attività umana che crea utilità a favore di un soggetto terzo deve trovare giustificazione, in linea di principio, in una controprestazione denominata retribuzione per le prestazioni di lavoro dipendente e corrispettivo per le prestazioni di lavoro autonomo. In entrambi i casi, l'obbligo di una controprestazione rappresenta il profilo di onerosità dei rapporti di lavoro, così infatti dispone l'art. 2094 c.c. per il contratto di lavoro subordinato nell'impresa e altrettanto l'art. 2222 c.c. per il contratto di lavoro autonomo. L'onerosità della prestazione, tuttavia, non rappresenta, in ogni caso, un elemento distintivo tra i diversi rapporti di lavoro che assumano un rilievo per l'ordinamento, ma piuttosto, una condizione necessaria, e comunque non sufficiente, perché possa integrarsi un contratto di lavoro subordinato ovvero un contratto di lavoro autonomo. Il nesso di correlatività che intercorre tra ciascuna prestazione lavorativa e una determinata controprestazione rappresenta in concreto la causa del contratto di lavoro, che, alla stregua del disposto di cui all'art. 1325, n. 2, c.c., è requisito fondamentale di ogni contratto di scambio. La risposta al quesito sull'ammissibilità di negozi atipici idonei ad attribuire ad uno dei contraenti un diritto senza corrispettivo presuppone la preliminare ricostruzione di uno degli istituti giuridici maggiormente vasti ed articolati, quali appunto la causa. Con la Sent. n. 4614/2017, la Suprema Corte torna ad occuparsi di tale problematica e, a conferma di quanto appena affermato, antepone alla formulazione della soluzione del problema specifico una sintetica analisi della causa in generale. In sostanza, con la predetta decisione il Consiglio di Stato, dando il via libera alle gare d'appalto senza compenso per i professionisti, affermando che i principi della concorrenza e le garanzie di qualità dell'oggetto di gara sono garantiti anche se il contratto non è oneroso, ha ritenuto che il tipico corrispettivo, quale legittima causa del rapporto, possa essere compensato dall'ottenimento di altri vantaggi economicamente apprezzabili.

### Ammissibilità del contratto di lavoro gratuito

Riconosciuto che l'onerosità caratterizza tutti i rapporti giuridicamente rilevanti, resta da chiedersi se e in che termini possono essere ritenuti ammissibili nel nostro ordinamento contratti di lavoro gratuito. Secondo un primo indirizzo, che non ha avuto molto seguito, lo svolgimento di prestazioni lavorative gratuite a favore di terzi andrebbe ricondotto allo schema civilistico della donazione. Al riguardo, la principale critica che è stata fatta rilevare è che il contratto di donazione si connota per una struttura e una funzione che mal si conciliano con l'obbligazione di svolgere prestazioni lavorative all'altrui servizio. In tali casi mancherebbe l'elemento dell'attribuzione patrimoniale, che risulta essenziale alla figura della donazione. Secondo un'altra tesi interpretativa, più accreditata della prima, il contratto di lavoro gratuito si configurerebbe in un contratto atipico di lavoro, che è certamente possibile nel nostro ordinamento, in circostanze del tutto eccezionali, alla stregua del disposto di cui all'art. 1322, secondo comma, c.c. In altre parole, si realizzerebbe un contratto di lavoro che in quanto diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela sarebbe da considerare

certamente ammissibile. Vengono ricordate, al riguardo, le prestazioni lavorative rese a fini di solidarietà ovvero le prestazioni rese nell'ambito di ogni convivenza fondata sulla comunione affettiva e/o spirituale o ancorale prestazioni rese in vista di un beneficio futuro (per esempio la maturazione di esperienze professionali in vista dell'inserimento nel mercato del lavoro) ovvero le prestazioni rese a favore delle cd. organizzazioni di tendenza (istituzioni politiche, sindacali, ecc.). Un terzo indirizzo ritiene invece non ammissibile il contratto di lavoro gratuito perlomeno nella forma del lavoro dipendente, sul presupposto che non sarebbe possibile ravvisare in questi casi un interesse meritevole di tutela. Sarebbe da riconoscersi la liceità della fattispecie solo nelle attività di beneficenza o volontariato, fermo restando che le stesse non possono certo essere ricondotte a una obbligazione giuridica vera e propria. In particolare, secondo tale orientamento, l'obbligo di svolgere prestazioni di lavoro gratuito, rispetto alle prestazioni di lavoro dipendente, contrasterebbe con il principio costituzionale della equa retribuzione di cui all'art. 36 Cost. Infine, si rinvengono altri orientamenti che ammettono la tesi della gratuità delle prestazioni professionali sostenendo il diritto di poter adottare, in piena autonomia, le proprie scelte professionali, le quali possono trovare un'adeguata giustificazione nell'affectio come nella benevolentia, ovvero ancora in considerazioni di ordine sociale o di convenienza anche con riguardo ad un personale ed indiretto vantaggio. Proprio su quest'ultimo aspetto si fonda la legittimità del contratto di appalto stabilita dal Consiglio di Stato con la sentenza di che trattasi.

### **La questione oggetto della sentenza in argomento e gli aspetti giuridici**

La vicenda oggetto della sentenza del Consiglio di Stato n. 4614/2017, ha visto coinvolto il Comune di Catanzaro che con propria determina, in data 17 febbraio 2016, aveva confermato la possibilità di affidare incarichi professionali a titolo gratuito. Avverso tale provvedimento gli Ordini di Architetti, Ingegneri, Geologi e del Collegio dei Geometri avevano fatto ricorso al TAR, e l'avevano vinto. Il Comune di Catanzaro ha quindi proposto ricorso al Consiglio di Stato che gli ha dato ragione, ribaltando la sentenza del TAR e aprendo la strada di fatto alla possibilità di affidare incarichi di appalti a titolo gratuito, senza alcun compenso per i professionisti. Il Consiglio di Stato si è soffermato, in particolare su due aspetti giuridicamente rilevanti: la sulla possibilità o meno di affidare un appalto a titolo gratuito e sulla qualità della prestazione nel rispetto del principio di concorrenza. Riguardo il primo punto la tesi sostenuta dall'Amministrazione appellante, ritenuta in linea generale l'ordinamento, è stata quella di affermare che nulla vieta una prestazione d'opera professionale a titolo gratuito a vantaggio di una pubblica Amministrazione e neppure con riguardo al sistema dei contratti pubblici, nel quale ambito, del resto, è ammessa la sponsorizzazione. La valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa dei professionisti, per l'Amministrazione ricorrente, sarebbe avvenuta circoscrivendo preventivamente lo spazio della valutazione alla sola offerta tecnica. Invero, l'art. 3, lett. ii), del D.Lgs. n. 50/2016 in tema di appalti pubblici definisce gli stessi quali contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi. Al riguardo, occorre dunque chiarire la portata ed il significato, nei particolari contesti detti, dell'espressione a titolo oneroso. Secondo il Consiglio di Stato la caratterizzazione di onerosità si caratterizza dalla condizione che il corrispettivo dell'appalto costituisca un elemento strumentale e indefettibile per la serietà dell'offerta e per l'affidabilità dell'offerente nell'esecuzione della prestazione contrattuale. In realtà, i requisiti di garanzia della serietà dell'offerta e di affidabilità dell'offerente, possono essere ragionevolmente assicurata da altri vantaggi, economicamente apprezzabili anche se non direttamente finanziari, potenzialmente derivanti dal contratto. Nella pronuncia in argomento si è affermato che il committente pubblico è diverso da quello privato e può offrire al fornitore un valido compenso, che non è necessariamente economico e dunque, secondo il Consiglio di Stato, è plausibile che l'aspirante contraente possa prescindere non già da un'utilità economica, ma solo da un'utilità finanziaria: perché l'utilità economica si sposta su leciti elementi immateriali inerenti il fatto stesso del divenire ed apparire esecutore, evidentemente diligente, della prestazione richiesta dall'Amministrazione. Conseguenza di una tale considerazione è la preferenza, nell'ordinamento dei contratti pubblici, per un'accezione ampia e particolare rispetto al diritto comune dell'espressione "contratti a titolo oneroso", tale da dare spazio all'ammissibilità di un bando che preveda le offerte gratuite (salvo il rimborso delle spese), ogniqualvolta dall'effettuazione della prestazione contrattuale il contraente possa figurare di trarre un'utilità economica lecita e autonoma, quand'anche non corrispostagli come scambio contrattuale dall'Amministrazione appaltante. La titolarità pubblica non può essere considerata come vicenda gratuita, ma va posta in stretta relazione con il valore della controprestazione, vale a dire della sponsorizzazione, con cui si ha dunque lo scambio di denaro contro un'utilità immateriale, costituita dal ritorno di immagine. Sempre per i giudici che si sono occupati della questione, l'utilità costituita dal potenziale ritorno di immagine per il professionista può essere insita anche nell'appalto di servizi contemplato dal bando in argomento il che rappresenta un interesse

economico. La critica a cui maggiormente si espone tale conclusione è che l'utilità indiretta dalla quale dovrebbe derivare l'onerosità dell'appalto pubblico rappresenta in realtà una mera aspettativa, indefinita di presunti non meglio specificati altri vantaggi, potenzialmente derivanti dal contratto e dunque il dato patrimoniale non è immediatamente apprezzabile ponendosi in contrasto con il carattere necessariamente patrimoniale della prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c. Il secondo aspetto su cui ha posto l'attenzione il Consiglio di Stato ha riguardato la possibilità o meno, per la Pubblica amministrazione, di ottenere la qualità della prestazione, senza calpestare i principi di concorrenza, anche senza pagare il professionista che la svolge. I giudici hanno ammesso tale condizione specificando che la garanzia di serietà e affidabilità non necessariamente trova motivazione nel compenso per la prestazione. L'onerosità del contratto, secondo i giudici, come sopra accennato, ha un diverso valore per i contratti pubblici rispetto a quelli privati e pertanto la garanzia di serietà e affidabilità, intrinseca alla ragione economica a contrarre, non necessariamente trova fondamento in un corrispettivo economico della prestazione contrattuale, che resti comunque a carico della Amministrazione appaltante, ma può avere analoga ragione anche in un altro genere di utilità, pur sempre economicamente apprezzabile, che nasca o si immagini vada ad essere generata dal concreto contratto. I giudici di Palazzo Spada ricordano come la giurisprudenza ammetta da tempo la partecipazione a gare pubbliche da parte di enti del terzo settore che perseguono finalità non lucrative. Non vi è dunque estraneità sostanziale alla logica concorrenziale, per l'Alto Consesso, che presidia il Codice degli appalti pubblici quando si bandisce una gara in cui l'utilità economica del potenziale contraente non è finanziaria ma è insita tutta nel fatto stesso di poter eseguire la prestazione contrattuale. Per i giudici quindi qualità e principio di concorrenza sono garantiti se i criteri di aggiudicazione del bando sono sufficientemente oggettivi per una valutazione dell'offerta e non contrastano dunque con i principi in materia.

### **Gratuità della prestazione del professionista e fisco**

La prestazione a titolo gratuito del professionista apre un'altra problematica in merito al suo rapporto col sistema fiscale. Difatti, in più occasioni gli Uffici finanziari eccepiscono ai professionisti lo svolgimento di attività rese a titolo gratuito, supponendone la percezione di compensi "in nero" emettendo avvisi di accertamento chiedendo di pagare imposte, sanzioni e interessi, ritenendo dunque impossibile che l'attività erogata non fosse affatto remunerata. Invero, da un punto di vista fiscale, e più propriamente accertativo, rimane quanto mai vivo il problema dell'ammissibilità delle prestazioni gratuite, considerata la potenziale capacità elusiva insita in un loro uso distorto. La giurisprudenza ha in più occasioni ritenuto plausibile la gratuità dell'opera svolta dal professionista, in particolare quando intercorrono rapporti di parentela e di amicizia con gli stessi clienti, nonché del fatto che il 70% di tali soggetti risultano soci di società di persone, la cui contabilità è affidata alle cure del contribuente, per cui ogni eventuale compenso rientra in quello corrisposto dalla società di appartenenza. Per di più la prestazione gratuita è giustificata dalla circostanza della semplicità delle prestazioni erogate che rende ancora più verosimile la tesi della loro gratuità. (Cass. n. 21972/2015). Al riguardo, per ciò che riguarda l'imposizione diretta, l'art. 54 del D.P.R. n. 600/1973 stabilisce che concorrono alla determinazione del reddito dei lavoratori autonomi i compensi in denaro o in natura percepiti nel periodo di imposta. In questo caso risulta evidente l'irrelevanza fiscale delle prestazioni professionali rese in modo gratuito, per le quali, cioè, non sia stata concordata tra le parti la corresponsione di alcun compenso. Pertanto, posta l'ammissibilità giuridica di tali prestazioni gratuite, resta da stabilire a chi spetta nell'ambito di un'istruttoria fiscale sostenere l'elemento probatorio della questione in essere. In merito, secondo parte della dottrina, partendo dall'assunto che il contribuente è libero di determinarsi nel modo che ritiene più opportuno, senza che le sue decisioni divengano causa di penalizzazione, ha ritenuto che il professionista qualora operi secondo schemi diversi da quelli ritenuti normali questi non potrebbero essere utilizzati dagli Uffici fiscali come un elemento presuntivo sufficiente a dimostrare l'incasso di somme non dichiarate. Il filone giurisprudenziale dominante tuttavia non ha accolto tale orientamento affermando invece che il contribuente, sia esso imprenditore ovvero lavoratore autonomo, pur essendo libero di organizzare e svolgere la propria attività in maniera antieconomica, tuttavia, se da tale condotta ne derivi un'attenuazione dell'obbligo di contribuire alla spesa pubblica egli è tenuto a dare conto alla collettività di tale anomala scelta (Cass. n. 23634/2008). In altre parole, nel caso in cui l'Ufficio accertasse in sede di verifica ovvero in occasione dell'esame della documentazione prodotta a seguito di un invito l'esecuzione di prestazioni gratuite, si ritiene che lo stesso possa fare riferimento a tale evenienza per fondare la propria pretesa impositiva qualora le stesse non siano supportate da giustificazioni credibili o verosimili da parte del contribuente. Ciò non vuol dire che le prestazioni gratuite del professionista non sono ammesse ma, la rinuncia totale al compenso, rappresentante un evento singolare ed eccezionale, richiede comprovate ragioni giustificatrici.

## Compensi del professionista

Per una completezza sulla questione del titolo della prestazione del professionista vale la pena ricordare anche la disciplina che ne caratterizza i compensi. Al riguardo, va ricordato che con la riforma delle professioni regolamentate, avviata dalla legge n. 248 del 4 agosto 2006, è stata abrogata ogni disposizione legislativa e regolamentare che preveda l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime oppure il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi prefissati. In merito, la legge n. 27/2012 ha imposto di applicare onorari liberamente concordati tra il professionista ed il cliente, mantenendo la possibilità per il giudice, nei casi di liquidazione giudiziale degli onorari, di provvedere alla liquidazione delle spese di giudizio e dei compensi professionali sulla base della tariffa professionale e per le stazioni appaltanti, nelle procedure ad evidenza pubblica, di utilizzare le tariffe, se motivatamente ritenute adeguate, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dei compensi per i servizi professionali. Il compenso per le prestazioni professionali è pattuito al momento del conferimento dell'incarico professionale. Il professionista deve rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento fino alla conclusione dell'incarico e deve altresì indicare, ai sensi art. 9, comma 4, legge n. 27 del 24 marzo 2012, i dati della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale. In ogni caso la misura del compenso, che deve essere adeguata all'importanza dell'opera, va pattuita indicando per le singole prestazioni tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi ed è previamente resa nota al cliente con un preventivo di massima. Se il compenso non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe o gli usi, è determinato dal giudice, sentito il parere dell'associazione professionale a cui il professionista appartiene (art. 2233 c.c.). L'orientamento prevalente della giurisprudenza civilistica ritiene legittime le deroghe ai minimi tariffari, in quanto questi sono dettati nell'interesse, decoro e dignità delle singole categorie professionali che può essere adeguatamente tutelato in sede disciplinare e non in quello generale, dell'intera collettività: il solo idoneo ad attribuire carattere di imperatività al precetto. La violazione dei precetti normativi che impongono l'inderogabilità dei minimi tariffari non importa la nullità del patto in deroga, in quanto trattasi di precetti non riferibili ad un interesse generale, cioè dell'intera collettività, ma solo ad un interesse della categoria professionale. Pertanto ove anche l'accordo forfettario abbia condotto a un importo inferiore ai minimi tariffari giustamente viene considerato legittimo (Cass. n. 15628/2012).

## Il parere del Parlamento

La questione della possibilità per un'Amministrazione di procedere ad un bando di gara con conferimento di incarichi professionali a titolo gratuito ha recentemente interessato anche il Parlamento a seguito di una specifica interrogazione a risposta immediata in VIII Commissione che comprende Ambiente, Territorio e Lavori Pubblici. L'oggetto dell'interrogazione ha riguardato la tematica della libera concorrenza, nel senso che se l'offerta gratuita di incarichi professionali, nell'ambito di procedure selettive delle pubbliche amministrazioni, possa prefigurare o meno una violazione del principio della libera concorrenza che si basa sul confronto comparativo fra offerte di tipo economico. Nella fattispecie, l'offerta al ribasso della prestazione, pari a un euro, abbasserebbe lo standard di efficienza ed efficacia a cui deve tendere l'azione pubblica e, dunque nell'interrogazione si auspicerebbe che il Ministro delle Infrastrutture assumesse urgenti iniziative di carattere normativo al fine di assicurare un'inequivocabile interpretazione della espressione a titolo oneroso. Il Sottosegretario alle Infrastrutture, avvallando la tesi del Consiglio di Stato, ha confermato che l'affidamento di servizi a titolo gratuito si configura come un contratto a titolo oneroso e, quindi, soggetto alla disciplina del Codice dei contratti pubblici. Secondo il Sottosegretario delle Infrastrutture – che ha fatto proprio l'orientamento del giudice amministrativo – la garanzia di serietà e affidabilità non necessariamente trova fondamento in un corrispettivo finanziario della prestazione contrattuale ma può avere analoga ragione anche in un altro genere di utilità, pur sempre economicamente apprezzabile, generata dal contratto stesso. Il Sottosegretario si è espresso anche in merito all'indizione del bando pubblico per il conferimento di incarico gratuito con la previsione del mero rimborso delle spese, confermando la tesi sostenuta anche dalla Corte dei Conti, secondo cui non vi è estraneità sostanziale alla logica concorrenziale che presidia il Codice degli appalti pubblici quando si bandisce una gara in cui l'utilità economica del potenziale contraente non è finanziaria ma è insita tutta le fatto stesso di poter eseguire la prestazione contrattuale. In sostanza si è avallata la tesi sostenuta dal giudice contabile secondo cui l'indiretto vantaggio, anche economico, discendente dall'aver conseguito uno specifico incarico professionale, anche se gratuito, concorre comunque ad accrescere il prestigio professionale e la notorietà da parte del progettista.



Consulenza.it è di proprietà di Gruppo Buffetti S.p.A. - tutti i diritti sono riservati  
Direttore Responsabile: Emidio Lenzi

consulenza@buffetti.it - 06 23 19 150

Gruppo Buffetti S.p.A. con unico azionista - Via Filippo Caruso 23 - 00173 ROMA  
P.IVA 04533641009 - C. Fiscale 00248370546 - Iscrizione Registro Imprese REA 776017  
Capitale Sociale: € 10.000.000,00 i.v. - Registro A.E.E. n. IT08020000003689

(<https://www.linkedin.com/company/11036796/>)

([https://www.youtube.com/channel/UCwe\\_De\\_zEBsSB-3HE854Fjw](https://www.youtube.com/channel/UCwe_De_zEBsSB-3HE854Fjw))  
(/RSS/Index)

Privacy Policy

(<https://bdblackofficestorage.blob.core.windows.net/siteassets/files/Privacy%20Cor>

Termini di Servizio

([https://bdblackofficestorage.blob.core.windows.net/siteassets/files/termini%20di%20servizio\\_21-11-18.pdf](https://bdblackofficestorage.blob.core.windows.net/siteassets/files/termini%20di%20servizio_21-11-18.pdf))

Cookie Policy

([https://bdblackofficestorage.blob.core.windows.net/siteassets/files/cookie\\_consulenza.pdf](https://bdblackofficestorage.blob.core.windows.net/siteassets/files/cookie_consulenza.pdf))

Credits

(<http://www.directio.it>)

