

Capitolo 1

L'emersione della nozione di clientela professionale come oggetto di attività dispositiva

SOMMARIO: 1.1. La prospettiva di ricerca. – 1.2. La posizione della dottrina sull'argomento. – 1.3. La cessione della clientela professionale nel diritto positivo. – 1.4. La «cessione» della clientela professionale nella giurisprudenza italiana e francese.

1.1. La prospettiva di ricerca

La nozione di clientela professionale, e il problema della sua considerazione come oggetto di attività dispositiva, emergono in concomitanza con lo sviluppo di attività negoziali volte a valorizzare questa forma di ricchezza.

La dizione comunemente utilizzata per questo tipo di contratti, «cessione di clientela professionale», impone allo studioso una serie di domande, che ruotano, come si vedrà, intorno ad un unico interrogativo di fondo, quello contenuto nel titolo di questo lavoro: la clientela professionale è un bene giuridico?

Infatti, il termine «cessione» ha un significato tecnico ben preciso, quello cioè di atto dispositivo di una posizione giuridica soggettiva¹.

¹ Si è in verità discusso sul valore sistematico della categoria degli «atti dispositivi» nel nostro ordinamento, in quanto questa categoria di negozi è stata teorizzata nella dottrina germanica in contrapposizione agli atti obbligatori, che sono destinati, in quell'ordinamento, a realizzare una diminuzione patrimoniale non immediata, come invece avviene nei negozi dispositivi: una simile distinzione riflette però il principio fondamentale della circolazione dei diritti nel codice germanico, *id est* la separazione tra *titulus* e *modus acquirendi*, che non è presente nel sistema italiano, dove vige come noto il principio consensualistico (e vedi L. MENGONI-F. REALMONTE, *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 189 ss.). Anche il concetto stesso di potere dispositivo è stato ritenuto una metafora priva di valore tecnico e di qualsiasi autonomia, in quanto l'atto di disposizione è espressione di una facoltà

Si deve quindi verificare se sia concepibile una posizione giuridica soggettiva rispetto alla clientela professionale, che possa essere oggetto di cessione, e che possa per via di tale cessione mutare di titolare².

L'ipotesi da cui muovere è, dunque, quella della clientela come possibile oggetto di diritti, ossia come «bene», secondo lo schema contenuto nell'art. 810 c.c. («sono beni le cose che possono formare oggetti di diritti»).

Ecco spiegata la domanda iniziale, su cui ruota l'indagine.

Per rispondere, occorre altresì, in via preliminare, precisare che cosa si intenda per «clientela». A tal fine, saranno ricordate le definizioni che ne sono state date nel corso del tempo, che si sostanziano nella capacità di un professionista di attrarre clienti.

La collocazione della clientela nella teoria dei beni si scontra però con la difficoltà di inserirla nell'ambito dei beni immateriali, in cui naturalmente si troverebbe trattandosi di entità incorporea.

Nella ricerca di una risposta all'interrogativo di partenza – che animò, negli anni '20 del secolo scorso, un vivace dibattito tra Cesare Vivante e Francesco Carnelutti, che sulle pagine della Rivista del Diritto Commerciale discussero della possibilità di ravvisare, nella clientela professionale, l'oggetto di un diritto di proprietà – si definisce progressivamente il significato stesso del lemma «clientela», intesa come capacità di attrarre un flusso di clienti. Tale nozione richiama, all'evidenza, quella di avviamento.

Proprio per tale ragione, l'attenzione della dottrina, in particolare chi si è occupato della teoria dell'azienda, ha avuto ad oggetto la clientela commerciale, piuttosto che la clientela professionale. Ma i risultati raggiunti in tale ambito solo in misura parziale possono estendersi anche all'ipotesi qui presa in esame: mentre la clientela commerciale è legata all'azienda, che per essere tale necessariamente suppone un'entità oggettiva che si distacca dall'esercente, nel caso dell'attività professionale potrebbe esservi come non esservi uno «studio», considerabile alla stregua di un'azienda per la presenza di un'organizzazione tale da fargli assumere i connotati di una realtà produttiva che non termina con la persona del titolare, e potrebbe accadere che anche il professionista privo di uno studio professionale, eppure dotato di una solida clientela, abbia l'interesse a «cederla».

facente parte del contenuto del diritto soggettivo (cfr. S. PUGLIATTI, *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 518 ss., spec. p. 534 s. e 540 s.).

² L'oggetto del negozio è il termine esterno sul quale si svolgono le conseguenze giuridiche divise dalle parti e tutelate dall'ordinamento, inteso come «direzione» degli effetti del negozio, collocandosi tra la situazione anteriore alla sua conclusione e quella posteriore: così N. IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Torino, 1963, p. 798 ss., spec. p. 802.

In tale ottica, affiorano, da un lato, il dibattito sull'accostamento tra professioni e impresa, e dall'altro, come suo corollario, la centralità della personalità della prestazione professionale.

La questione dell'estensione delle norme sull'impresa anche ai liberi professionisti potrebbe però essere fuorviante ai nostri fini: non è con la sovrapposizione tra professioni e impresa, e quindi con l'applicazione allo studio professionale delle norme sulla cessione dell'azienda, che si realizza la «cessione della clientela professionale». La clientela professionale, essendo *attachée à la personne*³, richiede, per il suo «trasferimento», un impegno della persona del professionista cedente, tramite un'apposita obbligazione di *facere* che non rientra nello schema contrattuale della cessione d'azienda.

Proprio la natura personale del contratto d'opera professionale spinge la cessione della clientela professionale nell'ambito del diritto delle obbligazioni: l'attribuzione fondamentale operata dall'ordinamento non è rappresentata, dunque, da un diritto soggettivo di stampo proprietario, bensì dall'autodeterminazione dell'individuo, dalla libertà di obbligarsi.

Tale libertà si scontra però, nell'ambito delle professioni, con le norme deontologiche che richiedono che la cessione non avvenga in contrasto, da un lato, con i principi di correttezza, indipendenza e garanzia della qualità della prestazione; dall'altro, con la tutela della libertà di scelta del professionista da parte del cliente.

Con queste premesse sarà necessario approfondire la struttura di questo particolare regolamento negoziale, che va sotto il nome di «cessione» (o, com'è stato detto, «presentazione») della clientela professionale.

1.2. La posizione della dottrina sull'argomento

Non si è mancato di osservare, già da tempo, come la clientela professionale costituisca l'interesse rilevante di alcuni contratti. I primi commentatori che si sono confrontati con l'argomento svolgono considerazioni di carattere quasi esclusivamente economico: la reputazione dell'anziano avvocato è «un vero capitale, i cui profitti sono, economicamente parlando,

³ L'espressione riprende il titolo di una monografia dedicata all'argomento da P. LECLERCQ, *Les clientèles attachées à la personne*, Parigi, 1965.

ben distinti dal salario delle sue fatiche»⁴. Si tratta di un capitale immateriale, o «morale», che «per fruttare e non isterilirsi, ha d'uopo di venir fecondato dal lavoro e dalle assidue cure dei suoi possessori»⁵. Un capitale immateriale che può avere un valore più alto del capitale materiale (libri, immobili, macchinari), che fanno parte dello studio. Pertanto, quando «l'avvocato si ritirerà dal foro o morrà», potrà cedere per contratto o lasciare per testamento la sua clientela al suo allievo «raccomandandolo agli avventori dello studio»⁶. Del pari, un negoziante o un bottegaio «vendono» la loro clientela quando vendono l'insegna, «colla quale il negozio è da tempo ben famato nel pubblico»⁷.

Il primo approfondimento vero e proprio della natura del contratto di cessione della clientela professionale si deve agli studi di Francesco Ferrara⁸, che ha messo in luce come nella cessione della clientela professionale non abbia una 'cessione' in senso tecnico, poiché essa non è un bene giuridico.

La clientela – tanto quella «civile» quanto quella «commerciale» – rientra tra le «situazioni di fatto economiche che non sono cose in senso giuridico»⁹. Pur non essendo un bene, però, la clientela rappresenta un valore «che non si lascia disperdere»¹⁰, nel caso in cui l'esercizio commerciale o lo studio professionale «passi per successione o per atto traslativo ad altra persona»¹¹.

«Cessione della clientela» appare, quindi, «un'espressione felice per de-

⁴ Cfr. già J.M. PARDESSUS, *Corso di diritto commerciale*, trad. it., Palermo, 1857, p. 16 § 9, il quale interrogandosi sulla nozione di «mercanzie», vi annoverava alla stessa stregua «il buon avviamento di un magazzino, il diritto di pubblicare certe produzioni letterarie o scientifiche», quali cose «puramente intellettuali». Sarebbe quindi possibile «la vendita dell'avviamento della clientela di una casa di negozio o d'una bottega, ancorché questa vendita non fosse accompagnata da quella di mercanzie o di macchine da servire all'uopo; che se poi vi si aggiungono tali oggetti allora vi sarà maggiore certezza».

⁵ A riprova di ciò, «il giovane tirocinante, che non ha ancora guadagnata la medesima fama, comeché lavori forse più intensivamente del suo provetto collega, non lucra forse tampoco la decima parte di ciò che acquista quest'ultimo: il giovane non ha che un salario del suo lavoro attuale; il vecchio ha un interesse del suo lavoro accumulato» (G. BOCCARDO (a cura di), *Dizionario della economia politica e del commercio*, Torino, 1857, I, p. 540).

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ F. FERRARA Sr., *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, p. 745 ss.

⁹ F. FERRARA SR., *Trattato di diritto civile italiano*, cit., p. 745.

¹⁰ F. FERRARA SR., *Trattato di diritto civile italiano*, cit., p. 746.

¹¹ Nella configurazione di Ferrara Sr., infatti, la clientela non sarebbe mai *isolatamente* oggetto di trasferimento, ma sempre conglobata in un contratto più vasto, di cessione di un'azienda o di uno studio (*ivi*, p. 746 nt. 1).

signare in modo comodo ed abbreviato il risultato economico di diverse pattuizioni»¹².

Il contenuto di queste «diverse pattuizioni» non consiste in una disposizione diretta della clientela, quanto piuttosto dei fattori che la determinano; esse si snodano in una trama di obbligazioni, tutte dirette a porre il professionista-creditore nella condizione di sfruttare la continuazione dell'esercizio o dello studio nello stesso locale, sotto gli stessi segni distintivi, lo stesso nome, con la cooperazione dello stesso personale, al fine di conservare il valore di «avviamento» che caratterizza quell'attività.

Da un lato, quindi, si avrà il trasferimento dello studio con tutti i beni e diritti che ne dipendono; dall'altro, l'obbligo del cedente di non esercitare più quel commercio o quella professione nello stesso luogo e per un certo tempo, e di cooperare con l'acquirente per il mantenimento della clientela, eventualmente seguendo nella direzione dell'azienda o dello studio per iniziarlo nella gestione. In tal modo, «l'individualità dell'azienda o dello studio professionale persiste invariata agli occhi del pubblico, e quindi continua la clientela di prima»¹³. La clientela si conferma, perciò, una «*relazione materiale di valore economico*»¹⁴, in cui il cessionario può sottrarre grazie all'attività del cedente.

Anche la dottrina successiva ha ribadito che nella «vendita» della clientela professionale l'attribuzione al «compratore» consiste in una mera *chance* di fatto, e cioè nella probabilità di far propria una parte della vecchia clientela, sollecitata, ad esempio, dall'abitudine del luogo dello studio o dalla mancanza di altri professionisti nelle vicinanze¹⁵.

Il tema è stato nuovamente approfondito in anni recenti, in particolare ad opera della trattazione monografica di un Autore¹⁶, che ha confermato, dal punto di vista dell'impostazione teorica, i risultati cui si era pervenuti; ciò è

¹² F. FERRARA SR., *Trattato di diritto civile italiano*, cit., p. 747 nt. 4.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ivi*, p. 748 (corsivo aggiunto).

¹⁵ E cfr. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, Torino, 2a ed., 1993, p. 174, nota 5; sembra peraltro che questo Autore distingua la «vendita» della clientela a seconda che si tratti di clientela commerciale o professionale, poiché nel primo caso la vendita sarebbe concepibile nell'ambito della vendita dell'azienda, e allora si tratterebbe di vendita dell'avviamento, diversamente dalla vendita della clientela professionale.

¹⁶ L. MINUNNO, *Il trasferimento di clientela tra professionisti*, Bari, 2008; cfr. poi la guida pratica di C. MANDIROLA E L. MINUNNO, *Liberi professionisti e trasferimento della clientela e dello studio*, Milanofiori Assago, 2015; cfr. anche C. SANDEI, *La successione nello studio professionale tra disciplina del trasferimento d'azienda e principi deontologici*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 513 ss.; R. CAMPIONE, *La vendita di «pacchetto» clienti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 2, p. 523 ss.

avvenuto in concomitanza, da un lato, con una novella legislativa di natura fiscale che ha espressamente menzionato la «cessione della clientela professionale», dall'altro, con una sentenza della Corte di Cassazione del 2010 che ha stabilito che l'operazione *de qua* si sostanzia in un contratto obbligatorio avente ad oggetto prestazioni di *facere* e di *non facere*. Sofferamoci brevemente su questi due aspetti.

1.3. La cessione della clientela professionale nel diritto positivo

Una recente previsione normativa, recata dall'art. 36, comma 29, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, c.d. decreto «Bersani», convertito in legge con modificazioni ad opera dell'art. 1 legge 4 agosto 2006 n. 248, ha aggiunto all'art. 54 Tuir (d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917), il comma 1 *quater*, ai sensi del quale «concorrono a formare il reddito i corrispettivi percepiti a seguito di *cessione di clientela* o di *elementi immateriali* comunque riferibili all'attività artistica o professionale» [corsivo aggiunto]¹⁷.

L'unico riferimento positivo alla «cessione di clientela» dei liberi professionisti si rinviene dunque nella legislazione fiscale¹⁸, che non pare aver

¹⁷ Il d.l. n. 223 ha altresì introdotto nel comma 1 dell'art. 17 del Tuir, relativo al regime della tassazione separata, la lettera *g-ter*, la quale prevede l'assoggettamento a tassazione separata dei corrispettivi per la cessione della clientela, purché percepiti in unica soluzione. La *ratio* ispiratrice della norma è quella di «evitare che un corrispettivo (presumibilmente molto elevato), si cumuli con gli altri redditi percepiti nell'anno, determinando l'applicazione in capo al contribuente di scaglioni ed aliquote più elevate» (cfr. Circolare Agenzia delle Entrate n. 11 del 16 febbraio 2007).

¹⁸ Il rilievo della legislazione fiscale sullo sviluppo degli istituti civilistici è stato studiato da G. OPPO, *Famiglia e impresa*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Atti del Convegno di Verona, 14-15 giugno 1985, Padova, 1986, p. 130 ss., e in *Scritti giuridici, V. Persona e famiglia*, Padova, 1992, p. 255 ss., da cui si cita: l'A., a proposito della legislazione tributaria intorno all'impresa familiare di cui all'art. 230 *bis* c.c., imputava al legislatore tributario di «disfare il disegno civilistico» e di tradirne fini e mezzi, «esempio ben triste di decodificazione...», intesa come seme di incoerenza dell'ordine giuridico» (il richiamo è ovviamente a N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, *passim*, il quale peraltro ha analizzato da tempo il tramonto del «fondamento immutabile di verità» che prima dominava negli ordinamenti statali: v. già N. IRTI, in N. IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, p. 10, e, più recentemente, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.; *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss.; *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 801 ss.). Dello stesso A., v. anche *Categorie commercialistiche e riforma tributaria*, in *Giur. comm.*, 1977, I, p. 32 ss., e in *Scritti giuridici. I. Diritto dell'impresa*, Padova, 1992, p. 218 ss., intorno ad una verifica sistematica dell'utilizzazione che le categorie commercialisti-

avuto altro effetto sul piano della concreta disciplina (per non parlare della sistemazione teorica dell'istituto), se non quello di dissipare dubbi sulla sottoposizione a prelievo di talune operazioni economiche che potremmo definire «atipiche»¹⁹⁻²⁰.

che o privatistiche hanno trovato nelle leggi del diritto tributario; e P. VERRUCOLI, *Riforma tributaria ed evoluzione del concetto d'impresa*, in *Riv. soc.*, 1977, p. 375 ss.

¹⁹ Come è avvenuto anche, ad esempio, per il contratto di reintegrazione di legittima, intendendosi per tali quegli «accordi diretti a reintegrare i diritti dei legittimari», menzionati dall'art. 43 del d.lgs. 30 ottobre 1990, n. 346 (che contiene il testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni), il quale dispone: «Nelle successioni testamentarie l'imposta si applica in base alle disposizioni contenute nel testamento, anche se impugnate giudizialmente, nonché agli eventuali accordi diretti a reintegrare i diritti dei legittimari, risultanti da atto pubblico o da scrittura privata autenticata, salvo il disposto, in caso di accoglimento dell'impugnazione o di accordi sopravvenuti, dell'art. 28, comma sesto, o dell'art. 42, comma primo, lettera e)». Anche in questo caso, il legislatore non descrive gli elementi della fattispecie, né disciplina il fenomeno, limitandosi ad enunciare il *nomen* di un contratto.

²⁰ Peraltro, già prima della novella del 2006 le operazioni di «cessione» di clientela erano oggetto di imposizione fiscale. Sulla loro qualificazione, alcuni ritenevano che tali operazioni fossero escluse da imposizione fiscale in quanto non costituenti reddito tassabile ai sensi dell'art. 81 Tuir organi tributari (cfr. Comm. I grado di Ravenna, decisione n. 1505 dell'11 luglio 1988). L'Agenzia delle entrate affermava invece la loro soggezione al prelievo fiscale *sub specie* dei c.d. redditi diversi previsti dall'art. 81, comma 1, lett. l, Tuir. Con la Risoluzione n. 108/E del 29 marzo 2002, è stato in particolare accertato che con la «cessione» della clientela professionale viene posta in essere una fattispecie contrattuale atipica che «non può essere assimilata ad una cessione di un bene immateriale di natura patrimoniale, alla stessa stregua di quanto avviene per l'avviamento commerciale nell'ipotesi di cessione d'azienda». Si osserva, infatti, che, a differenza di quanto accade nel mondo imprenditoriale, «dove l'avviamento commerciale si distacca dalla figura del titolare per inerire all'organizzazione economica dell'impresa, e diviene pertanto suscettibile di autonoma rilevanza e trasferibilità, nell'esercizio dell'attività professionale i vantaggi economici connessi alla clientela sono direttamente ed esclusivamente riconducibili alla figura del professionista». A parere dell'Agenzia, invece, tramite la fattispecie contrattuale in esame si instaura di fatto, tra i due professionisti, un rapporto di tipo obbligatorio nel quale il professionista cd. cedente, a fronte del compenso percepito, «si assume l'impegno di favorire il soggetto subentrante nella prosecuzione del rapporto con i propri vecchi clienti. Pertanto il professionista, oltre a rinunciare ad esercitare la propria attività professionale nei confronti dei clienti che richiedono esclusivamente delle prestazioni di tipo operativo, astenendosi quindi dallo svolgimento dell'attività professionale in concorrenza con il nuovo soggetto, si impegna altresì a favorire la prosecuzione del rapporto tra i suoi vecchi clienti ed il nuovo soggetto».

Tali operazioni rientrano anche nel presupposto per l'applicazione dell'Iva, se il compenso, corrisposto al professionista per la cessione di una parte della sua attività, configura un corrispettivo di una prestazione di servizio (l'art. 3 D.P.R. n. 633/72 qualifica come prestazioni di servizio «le prestazioni verso corrispettivo dipendenti da contratti d'opera, [...] e in genere da obbligazioni di fare, di non fare e di permettere quale ne sia la fonte»), consistente «nel permettere la prosecuzione del rapporto professionale tra i suoi vecchi clienti ed il soggetto subentrante, nell'impegno di non proseguire (non fare) il rapporto professionale con i clienti ceduti e nell'impegno (fare) altresì di favorire la prosecuzione del rapporto tra i suoi vecchi clienti ed il nuovo soggetto» (e cfr. Risoluzione n. 108/E/2002, e, in termini analoghi, Risoluzione n. 30/E del 16 febbraio 2006).

Appare tuttavia degna di nota la menzione, in tale norma, oltreché dell'utilizzo (improprio) dell'espressione «cessione di clientela», anche della negoziazione degli «elementi immateriali comunque riferibili all'attività artistica o professionale».

Il legislatore ha, forse inconsciamente, preso atto del fatto che alla cessione (in senso lato) di clientela concorrono diversi tipi di atti negoziali, tra cui assumono notevole rilievo quelli volti ad assicurare al professionista subentrante gli elementi attrattivi della clientela medesima. Nell'ampia previsione, sono ricompresi non solo il nome dello studio, ma anche tutti quei fattori legati alla creatività del professionista, alla sua capacità organizzativa, alle particolari caratteristiche del suo studio, che potrebbero agevolare la trasmissione della clientela, per la concreta disciplina dei quali dovrà farsi riferimento alle norme sostanziali relative ai diversi aspetti di volta in volta considerati.

1.4. La «cessione» della clientela professionale nella giurisprudenza italiana e francese

Il secondo aspetto sopra accennato è la rinnovata attenzione rivolta a questa tematica da parte della giurisprudenza, che torna sulla questione nel 2010 dopo ben pochi precedenti²¹.

Il più antico di essi si rinviene in una sentenza del 1916, in cui la Corte di Cassazione si era espressa sulla 'cessione' della clientela professionale da parte di un «antico e stimato» avvocato²², che si era affiancato nell'esercizio della professione ad un giovane collega, col quale, prima di abbandonare del tutto la professione, aveva convenuto un patto di cessione «dell'avviamento dello studio», circostanza di cui il giovane, d'accordo con il dante causa, aveva diramato notizia nella città. Tempo dopo, un altro giovane avvocato aveva emanato un'altra circolare, in cui era annunciato l'avvio di un nuovo studio «sotto gli auspicii e la consulenza permanente» del medesimo anziano professionista, a «garanzia del buon esito degli affari

²¹ Cass., 9 febbraio 2010, n. 2860, in *Notariato*, 2010, 4, p. 381 ss., con nota di G. MUSOLINO, *Professioni intellettuali e impresa: la cd. cessione di clientela di uno studio professionale*; in *Corr. giur.*, 2010, 8, p. 1042 ss., nota di V. AMENDOLAGINE, *È valido l'atto di cessione di uno studio professionale in cui si prevede anche il trasferimento della clientela?*; in *Giur. it.*, 2010, p. 2309 ss., nota di L. MINUNNO, *La "cessione delle clientela" degli studi professionali: una svolta?*

²² Corte Cassazione di Roma, 18 maggio 1916, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 357 ss.

che gli fossero affidati». Sulla validità di tali pattuizioni sorse controversia legale, conclusasi innanzi alla Cassazione di Roma, la quale aveva osservato anzitutto come la rinuncia all'esercizio della professione non aveva causato un'inammissibile alienazione della libertà umana – che sarebbe stata in contrasto con l'art. 1160 c.c. 1865 (analogo all'attuale art. 1343 c.c.), ai sensi del quale «è nullo il patto che contiene condizioni contrarie al buon costume e alla legge» – in quanto «gli rimaneva tutta l'Italia per spiegare le energie dell'intelletto nell'agone forense». Inoltre, il professionista non era diventato incapace al patrocinio per il solo fatto di aver concluso una simile convenzione, che recava quale unica conseguenza quella di far sorgere un obbligo di risarcire il danno qualora siffatta attività ne avesse arrecato al cessionario. Infatti, a differenza di un patto di non concorrenza inserito in un contratto di cessione di azienda commerciale, laddove sussiste la possibilità di ordinare la chiusura del nuovo esercizio, la violazione di un patto di non concorrenza concluso nell'ambito dell'attività professionale, non può comportare che venga «chiusa la bocca all'avvocato».

Se l'oggetto della cessione comprende anche la clientela e l'avviamento – ossia quel «complesso di elementi che costituiscono l'accreditamento conseguito dal professionista per sé, per i proprii collaboratori, per quella *universitas* che distinguesi col nome di studio, mercè l'opera zelante, intelligente e onesta di un certo periodo di tempo» – effetto naturale del negozio dovrebbe essere che il cedente non potrà pretendere di continuare ad esercitare la professione in via abituale nel luogo dove essa ha creato quell'avviamento. Il contenuto dell'atto non si limita infatti ai soli affari e clienti esistenti al momento della cessione, ma ricomprende anche la *chance* di quelli futuri.

In questa decisione si intravedono, in nuce, molti dei problemi che riguardano il tema oggetto di questo lavoro. Tra essi, spicca la qualificazione dell'oggetto del negozio: la Corte parla di cessione dello studio inteso come *universitas*, comprensivo di clientela e avviamento. Affermazione che di per sé già comporta la positiva risoluzione di alcuni aspetti preliminari, non approfonditi dalla sentenza in questione, quali la stessa ricostruzione del concetto di «clientela professionale» all'interno della teoria dei beni; la configurabilità e i limiti dell'obbligo di non concorrenza, la natura giuridica dello «studio professionale» e il suo accostamento all'azienda, da cui discende la possibilità di una sua cessione alla stregua di universalità, nonché l'individuazione di un «avviamento professionale».

La questione posta alla Corte di Cassazione nel 2010 si discosta di poco dai termini surriferiti. Si trattava di una cessione di studio professionale in cui la parte più consistente del prezzo era stata considerata quale corrispettivo per la clientela.

Il giudice di prime cure aveva dichiarato la nullità della convenzione per impossibilità dell'oggetto, poiché nel trasferimento di uno studio professionale non sarebbe stato ravvisabile un trasferimento di azienda, e non sarebbe stato quindi neanche possibile configurare la cessione di una qualità intrinseca dell'azienda quale è l'avviamento.

La Corte di Appello aveva invece optato per la validità del contratto, in quanto l'oggetto di esso non avrebbe consistito direttamente nella clientela, bensì in un complesso organizzato di beni – lo studio professionale – idoneo a produrre un determinato fatturato, in proporzione al quale è stabilito il prezzo.

Accede a questa ricostruzione anche la Cassazione la quale, nell'ottica di una piena garanzia dell'autonomia contrattuale, ha sancito la validità di un contratto che si compone di obblighi positivi di fare (mediante un'attività promozionale di presentazione e di canalizzazione della clientela), e negativi di non fare (quale il divieto di riprendere ad esercitare la stessa attività nello stesso luogo), «volti a consentire al successore che ne abbia le qualità di mantenere la clientela del suo predecessore, previo conferimento di un nuovo incarico»²³.

Per effetto di una tale convenzione, si verifica «un vero e proprio trasferimento dell'attività»: accanto agli arredi, al complesso dei beni strumentali e dei rapporti contrattuali di fornitura, l'alienante «cede», al professionista che subentra, la clientela. Un tale effetto si può però conseguire non con un contratto ad effetti reali, bensì solo in via indiretta mediante un contratto ad effetti meramente obbligatori, poiché la clientela non è una *res* suscettibile di divenire oggetto immediato di un contratto di compravendita.

Quest'impostazione rimane ferma anche nelle ipotesi in cui non sia configurabile una «azienda professionale», ossia quanto non si verifichi la prevalenza del momento organizzativo su quello creativo, e la persona del professionista rimanga predominante²⁴⁻²⁵.

²³ Cass., 9 febbraio 2010, n. 2860, cit.

²⁴ La Suprema Corte si sofferma peraltro sul rapporto tra studio professionale e azienda, e sulla tendenza alla spersonalizzazione dell'attività professionale, soprattutto nelle realtà ad elevata organizzazione (si pensi agli studi legali o ai gabinetti medici di rilevanti dimensioni).

²⁵ Quanto alle altre decisioni, intercorse tra quelle citate, vi è poco da segnalare. In un caso le Sezioni Unite, traendo spunto proprio da una controversia in materia di trattamento fiscale della cessione dello studio professionale, hanno rilevato che la clientela professionale si misura in funzione delle «doti personali d'ingegno, perizia e considerazione delle quali goda il professionista»; poiché non è possibile equiparare lo studio professionale all'azienda, non si potrebbe neanche ravvisare un avviamento cedibile (e tassabile): la personalità dell'attività professionale

Anche nel Paese dove si registra una maggiore attenzione a questa tematica, sia da parte della dottrina²⁶ che della giurisprudenza, la Francia, la problematica è rimasta ambigua, se si pensa che nel lontano 1846, anno cui risalgono le prime decisioni sull'argomento, nello stesso torno di tempo simili accordi furono dapprima dichiarati nulli per impossibilità dell'oggetto, ai sensi degli artt. 1128 e 1598 *code Napoléon*²⁷, poiché – si osservava – la *confiance*, da cui dipende il rapporto tra professionista e clientela, è «*bors de commerce*», fuori commercio²⁸, per poi affermarsi invece che non è necessario esaminare i profili attinenti alla fiducia tra paziente e medico per accertare l'astratta validità di un'obbligazione avente ad oggetto l'obbligo di non esercitare la professione in un luogo determinato, e quello di

sembra impedire, dunque, che nella cessione dello studio professionale si possa individuare una cessione della clientela (Cass., S.U., 21 luglio 1967, n. 1889, in *Riv. legisl. fisc.*, 1967, III, p. 2536 ss.; in *Dir. e prat. trib.*, 1968, II, p. 15 ss., con nota di A. BOIDI, *L'avviamento nella cessione di studi professionali*; in *Foro it.*, 1968, I, p. 209 ss.; in *Riv. dir. comm.*, 1968, II, p. 236 ss.; in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 89 ss.; in *Giur. it.*, 1968, I, 1, p. 563 ss.; in *Foro it.*, 1968, I, c. 210 ss. e in *Giur. It.*, 1967, I, 1, p. 347 ss. con nota di F. GALGANO). Un precedente conforme si rinviene in Cass., 9 ottobre 1954, n. 3495, in *Giust. civ.*, 1954, p. 2311 ss., ove si afferma che «normalmente» lo studio professionale non può equipararsi ad un'azienda.

Alcune pronunce si sono espresse, poi, nel senso di ammettere la configurabilità della cessione di uno studio professionale insieme con il suo avviamento; questo non si identificerebbe tuttavia con la clientela (che ne costituirebbe solo un elemento, il cui trasferimento sarebbe comunque impossibile sotto il profilo giuridico), ma consisterebbe piuttosto in una qualità dello studio, inteso quale complesso di elementi organizzati per l'esercizio dell'attività professionale: così Cass., 12 novembre 1979, n. 5848, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, 11, e in *Foro it.*, 1980, I, c. 71 ss., con nota di G. PEZZANO.

Altre decisioni ancora hanno riconosciuto la possibilità che gli studi professionali siano organizzati in forma di azienda c.d. professionale, e costituiscono un'entità giuridica dotata di una propria autonomia strutturale e funzionale, che assume una rilevanza economica tale da essere suscettibile di una propria valutazione e divenire oggetto di possibile contrattazione in base al combinato disposto di cui agli artt. 2238, 2082, 2112 e 2555 c.c., senza però soffermarsi sull'autonoma cedibilità della clientela: così Cass., 7 agosto 2002, n. 11896, in *Rep. Foro it.*, voce *Professioni intellettuali*, n. 212; in *Arch. civ.*, 2003, p. 687 ss.; in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 911 ss., con nota di M. DE POLI, *Servono ancora i "raggiri" per annullare il contratto per dolo? note critiche sul concetto di reticenza invalidante*.

²⁶Tra i titoli più recenti, vedi l'opera monografica di M. CHANIOT-WALINE, *La transmission des clientèles civiles*, Parigi, 1994, ma cfr. anche L. EMELINA, *Essai d'une théorie générale de la clientèle*, thèse, Montpellier, 1907; Y. AUGUET, *Concurrence et clientèle*, Parigi, 2000. L'unico lavoro monografico pubblicato nel nostro Paese è L. MINUNNO, *Il trasferimento di clientela tra professionisti*, cit., cui si è recentemente aggiunta la guida operativa di C. MANDIROLA, L. MINUNNO, *Liberi professionisti e trasferimento della clientela e dello studio*, Milanofiori Assago, 2015.

²⁷L'art. 1128 dispone: «*Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions*». L'art. 1598, del pari: «*Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation*».

²⁸Trib. Civ. de la Seine 3 ch., 25 febbraio 1846, D.P. 46.3.62, S. 46.2.142.

introdurre alla clientela il nuovo professionista, per aiutarlo a conquistare la fiducia dei clienti, la cui causa è senz'altro lecita²⁹.

La giurisprudenza successiva, pur attenendosi a questa seconda impostazione, ha insistito sull'affermazione della natura extra-mercato della clientela civile, e sulla necessità di non ledere il diritto del cliente alla libertà di scelta del professionista, né quello del professionista di esercitare la propria attività³⁰.

All'esito di una pur sommaria analisi della giurisprudenza francese, dove come detto il tema ha goduto di una fortuna ben maggiore rispetto all'Italia, attende ancora di avere nitida definizione il quesito iniziale, circa l'efficacia reale o meramente obbligatoria dei contratti di cessione della clientela professionale.

²⁹ Trib. Civ. de la Seine 2 ch., 17 marzo 1846, D.P. 46.3.62, S. 49.106. Entrambe riportate in M. CHANIOT-WALINE, *op. cit.*, p. 21 s.

³⁰ Vedasi, tra le decisioni di legittimità, Cass. req., 13 mai 1861, D. 1861. 1. 326, S. 1861. 1. 638, Cass. req., 12 mai 1885, D. 1886. 1. 176; Cass. civ., 23 janv. 1961, Bull. civ. I, n° 53, p. 43; 17 mai 1961, Bull. civ. I, n° 257; Cass. civ., 3ème, 20 déc. 1971, JCP 1972. II. 1738, note Désiry, Cass. civ. 1ère, 7 juin 1995, D. 1995, p. 560, note B. Beignier; 7 oct. 1997, D. 1998. p. 78, note B. Beignier, Contrats, conc., consom. févr. 1998, obs L. Leveneur, p. 7, n° 19; V. H. ZUELGARAY, *La cession des clientèles civiles*, thèse, Nice, 1998. Per alcune pronunce di corti di merito, v. C. App. Angers, 28 déc. 1848, DP 1850. 2. 193; C. App. Paris, 6 mars 1851, D. 1851. 2. 185; C. App. Paris, 26 juin 1884, D. 1886. 1. 176; C. App. Riom, 13 mars 1894, S. 1895. 2. 43; CA Nancy, 23 fév. 1909, S. 1909. 2. 252; C. App. Paris, 16 nov. 1927, DH 1928. 90; C. App. Paris, 16 nov. S. 1931. 2. 23; C. App. Poitiers, 8 nov. 1949, D. 1950. 184; C. App. Rennes, 20 nov. 1965, D. 1965, somm. 89; C. App. Rouen, 13 fév. 1968, Gaz. pal. 1968. 2. 138.

L'evoluzione giurisprudenziale si è attestata sulle posizioni espresse nella recente decisione del 7 novembre 2010, in cui la Cassazione ha sancito che «la cession de la clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession, n'est pas illicite ... à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient»: in *Bulletin*, 2000 I N° 283 p. 183; in JCP, 2001, II, 10, 452, con nota di F. VIALLA; D. 2001, p. 2400, con nota di Y. AUGER; in *Recueil Dalloz*, 2001 p. 2295, chron. Y. SERRA, *L'opération de cession de clientèle civile après l'arrêt du 7 novembre 2000: dorénavant, on fera comme d'habitude*, il quale osserva come questa decisione, salutata dalla dottrina con grande enfasi, benché abbia nei fatti confermato l'orientamento prevalente (tra l'altro, riconoscendo, nel caso di specie, l'invalidità della cessione, in quanto il giudice di merito aveva accertato la violazione della libertà di scelta da parte dei pazienti.

Capitolo 2

La clientela professionale. Clientela civile e clientela commerciale

SOMMARIO: 2.1. Origine del termine «clientela». – 2.2. ‘Cliente’: uno status? – 2.3. Le definizioni di ‘cliente’ nella dottrina francese. – 2.4. La definizione di ‘clientela’ nella tradizione italiana. – 2.5. La clientela nel codice civile: verso un’accezione ‘oggettiva’. – 2.6. Differenze tra clientela commerciale e clientela ‘civile’. – 2.7. Le ragioni di una scelta: il dibattito intorno alla «proprietà commerciale». – 2.8. La tesi del Vivante: la «proprietà della clientela». – 2.9. La risposta di Francesco Carnelutti: diritto e «magia». – 2.10. La fortuna e i risvolti pratici della tesi del Vivante.

2.1. Origine del termine «clientela»

A voler ricercare nell’ambito della ‘cessione della clientela professionale’ l’unità minima di cui essa si compone appare opportuna qualche precisazione terminologica¹.

Per poco che si rifletta, il lemma clientela rimanda a una pluralità di significati². Nel suo significato storico, esso indica il rapporto di dipendenza esistente tra *patronus* e *cliens*³; nel significato corrente, designa sia l’in-

¹ Insegnava il Carnelutti che «nella indagine sulla natura giuridica di un nuovo rapporto» occorre «ridurlo ai minimi termini; noi dobbiamo fare come il chimico che cerca il corpo semplice: dobbiamo ottenere il rapporto semplice. Definito questo, potremo studiarne le combinazioni» (F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici, I. Natura del contratto di energia elettrica*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 354).

² D'altronde il linguaggio, «per sua natura e per necessità di una sobria formulazione dei testi, è intimamente ellittico e riassuntivo»: N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, 4^a ed., Padova, 1990, p. 27 s.

³ Cfr. L. BOVE, *Clientela*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, p. 368 ss.: l’etimologia è stata individuata nel verbo *cluere*, obbedire; essa si fonda sulla *fides*, vincolo meta-giuridico, di natura etico-religiosa, che lega il sottoposto al suo *patronus*, e questi a lui.

sieme dei clienti, sia la capacità attrattiva dei clienti tanto dell'imprenditore quanto del professionista.

Nell'antica Roma, con il nome cliente, che deriva dal verbo *cluo*, «sono chiamato», si indicava colui che, non avendo beni propri, riceveva da un patrizio un podere a titolo precario e revocabile a beneplacito del suo *patronus*, verso la promessa di determinati servizi. Il cliente aveva un vero e proprio *status*, intermedio tra quello di libero e quello di servo⁴. Poiché una delle attività del patrono romano era difendere, nelle sue cause, il cliente, sopraggiunse l'usanza di estendere quest'ultimo nome a chiunque sia rappresentato da un avvocato in una lite⁵; di poi, fu esteso ai medici, i quali allo stesso modo avevano l'obbligo di proteggere i propri «clienti»⁶.

L'origine del termine riporta, quindi, all'esercizio delle professioni liberali; solo successivamente è stato usato per indicare anche i clienti di esercizi commerciali⁷.

Peraltro, non è presente, nel nostro vocabolario, la distinzione propria della lingua francese, dove gli *chaland*s sono coloro che acquistano ordinariamente da un medesimo commerciante⁸, mentre i *clients* sono propriamente coloro che incaricano della difesa o della conservazione dei propri diritti un avvocato o un notaio⁹. Anche per tale motivo nel nostro vocabo-

⁴ Cfr. G. BOCCARDO *Dizionario della economia politica e del commercio*, cit., p. 539; *Dizionario del diritto comune e veneto dell'avvocato Marco Ferro*, I, Venezia 1845, p. 405 s.: «questo diritto di patronato fu istituito da Romolo col disegno di unire i ricchi coi poveri, di maniera tale che gli uni fossero esenti dal disprezzo, e gli altri dall'invidia». La prestazione di protezione era, come noto, inizialmente gratuita, e fu solo con l'imperatore Claudio che si introdussero gli «onorari»: v. L. BOVE, *Clientela*, cit., p. 369.

⁵ G. BOCCARDO *Dizionario della economia politica e del commercio*, loc. cit. Secondo il *Vocabolario degli Accademici della Crusca*, Venezia, 1741, Vol. 1, p. 483, «cliente» o «clientuolo», è «quegli, per cui procura, ed agita la causa, o altro negozio il procuratore, o l'avvocato».

⁶ Cfr. E. LITRE, *Dictionnaire de la langue française*, Parigi, 1863, p. 71 ss.; R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 2e série, chap. VII, Dalloz, 1959, pp. 200 e 213.

⁷ Cfr. E. LITRE, *Dictionnaire de la langue française*, cit., 71, che definisce clientela «par extension [...], l'ensemble des pratiques, des chaland, en parlant de ceux qui fréquentent un magasin, une boutique, un établissement ouvert au public»; si veda, per una più completa indicazione delle fonti, L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *Les origines du fonds de commerce: l'apparition de la clientèle dans les sources parisiennes*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1985, p. 329 ss.

⁸ *Chalandise* è, infatti, l'abitudine di acquistare da un medesimo commerciante: v. *Dictionnaire de l'Académie française: Institut de France*, Paris, 1843, I, p. 303; e *Le dictionnaire universel: panthéon littéraire et encyclopédie illustrée* a cura di Maurice La Châtre, Parigi, 1853, I, p. 879.

⁹ *Dictionnaire de l'Académie française*, cit., p. 354, *Le dictionnaire universel: panthéon littéraire et encyclopédie illustrée*, cit., p. 1008.

lario è meno accentuata la distinzione tra clientela commerciale e clientela civile o professionale.

2.2. 'Cliente': uno status?

Superata la connotazione romanistica, occorre chiedersi se e quale sia, oggi, il significato giuridico del termine 'cliente'.

'Cliente' è sicuramente una parola che esprime un concetto dotato di rilevanza sotto il profilo socio-economico. Perché si possa definire un soggetto come cliente, sembrano assumere valore qualificante due aspetti: quello di 'abitudine', e quello di 'affidamento'. In primo luogo, cliente è colui che ha un rapporto continuo o quanto meno abituale con chi gli procura beni o servizi. In secondo luogo, il cliente appare tale se nutre fiducia nei confronti di chi, prestando beni o servizi, soddisfa la sua domanda¹⁰.

Entrambi questi elementi non presentano tuttavia una rilevanza sul piano giuridico. Quanto all'abitudine, essa non è sinonimo di esclusività. Una stessa persona può essere cliente di più soggetti per una prestazione di beni o servizi della stessa natura; ed essere considerato da parte di ciascuno di essi come 'suo' cliente. Diverso è il caso in cui l'esercente un'attività si assicuri il ripetersi della domanda di beni o servizi da parte degli stessi clienti mediante clausole contrattuali (come clausole di durata, di esclusiva, di proroga tacita, contratti di abbonamento): ma anche in questi casi, il rilievo giuridico della qualifica risiede nella peculiare posizione contrattuale derivante da queste convenzioni, e non dalla posizione di cliente *tout court*. Inoltre, è chiamato 'cliente' anche il cliente di passaggio, ad esempio il cliente del bar di una stazione ovvero di un albergo, benché il soggetto considerato è di volta in volta diverso, e non può dirsi che la distinzione tra clienti di passaggio e clienti abituali corrisponda a due diversi regimi giuridici¹¹.

L'affidamento proprio di questa definizione socio economica di cliente, d'altra parte, appare il più delle volte stimolato da elementi esterni al rapporto (la pubblicità, la moda, il caso), e, almeno all'origine consiste in un

¹⁰ Cfr. J. VALERY, *Maison de commerce et fonds de commerce*, in *Annales de Droit commercial*, Parigi, 1902, p. 273; M. ROTONDI, *La notion juridique de l'achalandage*, in *Annales de Droit commercial*, Parigi, 1930, p. 31.

¹¹ Cfr. J. ESCARRA, *Principes de droit commercial*, Parigi, 1934, p. 431 e P. LECLERCQ, *Les clientèles attachées à la personne*, cit., p. 15.

affidamento *a priori*, in una «*confiance aveugle*»¹², una fiducia cieca, e non un vero e proprio legame fiduciario.

Questo tipo di affidamento non può pertanto essere utilizzato al fine di differenziare la clientela degli esercizi commerciali dalla clientela dei professionisti intellettuali, dato che, seppur in modi diversi, è ravvisabile in entrambi i casi. Il cliente ripone un (certo tipo di) 'affidamento' nel panettiere come nell'avvocato. Potranno variare gli elementi che conducono il cliente a rivolgersi all'uno o all'altro, ma un affidamento purchessia ricorre in entrambe le ipotesi.

Un diverso aspetto, su cui ci soffermeremo nel prosieguo, è quello che attiene al rapporto fiduciario del cliente con il professionista intellettuale: in questo caso l'affidamento diviene, *sub specie* di *intuitus personae*, elemento della fattispecie contrattuale¹³ – indipendentemente dalla soluzione che si voglia adottare, se l'*intuitus* attenga alla fase prodromica del rapporto¹⁴, ovvero alla fase dinamica ed esecutiva dello stesso¹⁵ – e ciò ha, evidentemente, delle importanti conseguenze sul piano della relativa disciplina. D'altronde, con riguardo all'esercizio collettivo della professione si era già posto un problema di adeguamento della nozione di *intuitus personae*, soprattutto con riferimento, da un lato, all'obbligo di eseguire «personalmente» l'incarico assunto, di cui all'art. 2232 c.c., dall'altro, all'esercizio «in comune» dell'attività, di cui all'art. 2247 c.c.¹⁶.

L'affidamento che caratterizza la nozione generica di 'cliente' è però un

¹² Così P. LECLERCQ, *op. cit.*, p. 17.

¹³ V. A. CATAUDELLA, *Intuitus personae e tipo negoziale*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, I, Napoli 1972, p. 631 ss.; A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, part. p. 295 ss.; nella dottrina francese, cfr. F. VALLEUR, *L' intuitus personae dans les contrats*, Parigi, 1938, p. 33 ss.

¹⁴ E cfr. P. TOSI, *Intuitus personae e fiducia*, in *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso* a cura di R. Alessi, S. Mazzaresse e S. Mazzamuto, Milano, 2013, p. 378 ss.

¹⁵ E cfr. G. CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 148.

¹⁶ Vedasi C. IBBA, *Professione intellettuale e impresa, IV. Esercizio associato della professione e società*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, p. 126 ss., il quale nota come i tentativi della dottrina si sono rivolti essenzialmente all'accostamento al professionista-società dei concetti connessi ai professionisti-persone fisiche, si da ammettere che la società, ente impersonale, possa esercitare «personalmente» una professione intellettuale. Tale tendenza non è stata esente da critiche: e cfr. G. OPPO, *Sulla partecipazione di società a società personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 8: «se l'*intuitus* è *personae*, appare alquanto ingenua l'affermazione che anche la società può soddisfarlo perché anch'essa, come la persona giuridica in genere, può avere proprie "qualità" e godere di un proprio "credito" in relazione alla consistenza del suo patrimonio, alla capacità e correttezza dei suoi comportamenti o amministratori e così via. Le qualità della persona fisica sono altra cosa, hanno altra base e sono altrimenti garantite "nel tempo"».

affidamento generico, presente in qualsiasi rapporto contrattuale¹⁷. Sarà il singolo rapporto contrattuale di cui il cliente sia parte¹⁸, a designarne il regime giuridico e le norme applicabili.

Peraltro, anche nella nozione socio-economica che stiamo qui trattando, non tutti i soggetti dei rapporti negoziali sono 'clienti': il soggetto che acquista un immobile non è necessariamente un cliente di chi lo vende. È semplicemente un 'acquirente'. Diviene cliente se a venderlo è una ditta di costruzioni, così come è cliente dell'agenzia immobiliare di cui si è avvalso per la ricerca del bene, ovvero del notaio che rogita l'atto di vendita. La nozione di cliente appare quindi correlata ad una parte che agisca nell'esercizio di un'attività *lato sensu* economica, esercitata professionalmente¹⁹.

Ciò spiega il fatto che l'ordinamento, in taluni casi, assumendo che il cliente sia la parte 'debole' del rapporto contrattuale instaurato con l'esercente l'attività, ha previsto in suo favore taluni diritti ed obblighi, delle volte portando all'evolversi di una disciplina a sé, come nel caso dei consumatori.

Ma, ad esempio, anche in ambito finanziario, dove si è sviluppata una vera e propria categorizzazione dei «clienti», questa nozione appartiene al singolo solo quando divenga parte, con l'intermediario, di un rapporto contrattuale. Si fa riferimento alle definizioni di «cliente» introdotte nell'Unione Europea con la Direttiva n. 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004 (*MiFID-Markets in Financial Instruments Directive*)²⁰, che suddivide «cliente al dettaglio», «cliente

¹⁷ E cfr. C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, p. 31.

¹⁸ In alcuni casi si può anche prescindere dalla formazione di un vero e proprio rapporto contrattuale, come quando l'obbligo di prestazione derivi dall'adempimento della funzione pubblica di cui il professionista sia portatore, ad esempio per i professionisti sanitari o i difensori d'ufficio, e non dal conferimento dell'incarico da parte del soggetto destinato a beneficiarne (F. SANTORO PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, cit., p. 23 ss.).

¹⁹ La professionalità è, come noto, definita dalla dottrina commercialistica come «sistematicità ed abitualità nello svolgimento dell'intrapresa economica»: cfr. F. GALGANO, *Diritto commerciale*, I, Bologna, 2008, p. 8; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Padova, 2000, p. 69; in giur., *ex multis*, v. Cass., 17 marzo 1997, n. 2321, in *Giur. it.*, 1998, p. 1190 ss.

²⁰ Che persegue l'obiettivo di offrire agli investitori un livello elevato di protezione (cfr. il considerando n. 2), mediante una classificazione del tipo di cliente al fine di stabilire le informazioni e il tipo di servizio finanziario che può essergli prestato. Il recepimento è avvenuto attraverso più atti normativi: innanzitutto l'articolo 2 del decreto legislativo 17 settembre 2007, n. 164 ha apportato le modifiche al d.lgs. n. 58/1998 (TUF), inserendo i commi 2-*quinquies* e 2-*sexies* nell'art. 6, che rinviano alle indicazioni da adottare con regolamento della Consob, poi adottato dalla stessa con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007 e successivamente modificato con delibere n. 16736 del 18 dicembre 2008, n. 17581 del 3 dicembre 2010 e n. 18210 del 9 maggio 2012, che ha abrogato il precedente Regolamento n. 11522/1998.

professionale», e «controparte qualificata»²¹⁻²².

Anche in questi casi essere «cliente» non ha un rilievo giuridico a priori rispetto alla posizione contrattuale in cui, oltre agli obblighi nascenti dal contratto, fonti esterne impongono all'altra parte – ritenuta la parte 'forte' – delle prestazioni accessorie volte ad una maggior tutela per il cliente stesso.

Non è quindi possibile considerare quello di cliente come uno *status*. Questa nozione non può essere intesa come una rivisitazione dell'antico

²¹ «Cliente al dettaglio» è nozione residuale, in cui rientra quel cliente che non sia cliente professionale o controparte qualificata (art. 26, lett. e, Regolamento n. 16190/2007), quindi i risparmiatori e tutti gli altri investitori che solo accidentalmente operano nel mercato degli strumenti finanziari. «Cliente professionale» è invece chi possiede l'esperienza, le conoscenze e le competenze necessarie per prendere consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e sa valutare correttamente i rischi che assume. A loro volta i clienti professionali si dividono in «clienti professionali di diritto» (soggetti che sono tenuti ad essere autorizzati o regolamentati per operare nei mercati finanziari, siano essi italiani o esteri, quali: banche; imprese di investimento; altri istituti finanziari autorizzati o regolamentati; imprese di assicurazione; organismi di investimento collettivo e società di gestione di tali organismi; fondi pensione e società di gestione di tali fondi; negozianti per conto proprio di merci e strumenti derivati su merci; soggetti che svolgono esclusivamente la negoziazione per conto proprio su mercati di strumenti finanziari e che aderiscono indirettamente al servizio di liquidazione, nonché al sistema di compensazione e garanzia (*locals*); altri investitori istituzionali; agenti di cambio; le imprese di grandi dimensioni che presentano a livello di singola società, almeno due dei requisiti dimensionali previsti dal medesimo allegato; gli investitori istituzionali la cui attività principale è investire in strumenti finanziari, compresi gli enti dediti alla cartolarizzazione di attivi o altre operazioni finanziarie); e «clienti professionali su richiesta» (vale a dire clienti diversi da quelli inclusi nella lista precedente, che ne facciano espressa richiesta, quando, dopo aver effettuato una valutazione adeguata della competenza, dell'esperienza e delle conoscenze del cliente, l'intermediario possa ragionevolmente ritenere, tenuto conto della natura delle operazioni o dei servizi previsti, che il cliente sia in grado di adottare consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e di comprendere i rischi che assume).

Prima di qualunque prestazione di servizi, è onere dell'intermediario comunicare alla controparte che, da un lato, i clienti professionali e le controparti qualificate possono chiedere di essere trattati come clienti al dettaglio (c.d. clienti al dettaglio su richiesta) beneficiando in tal modo di una protezione maggiore: spetta al cliente considerato professionale di diritto chiedere un livello più elevato di protezione se ritiene di non essere in grado di valutare o gestire correttamente i rischi assunti. Dall'altro lato, i clienti al dettaglio e le controparti qualificate possono chiedere di essere trattati come clienti professionali (c.d. clienti professionali su richiesta), beneficiando in tal modo di una protezione minore.

²² Sulle novità introdotte dalla Direttiva MIFID v. G. SALATINO, *Varietà contratti di swap dall'operatore qualificato al cliente professionale: il tramonto delle dichiarazioni "autoreferenziali"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, 2, p. 201 ss.; L. PONTIROLI-P. DUVIA, *Il formalismo nei contratti dell'intermediazione finanziaria ed il recepimento della MiFID*, in *Giur. comm.*, 2008, 1, p. 151 ss.; B. DI FERNINANDO-A. ROZZI, *Il destino dell'operatore qualificato nell'ordinamento domestico alla luce della disciplina della Markets in financial instruments directive (Mifid)*, in *Società*, 2007, p. 561 ss.; S. BASTIANON, *L'integrazione dei mercati finanziari in Europa: la MiFID e la recente normativa italiana di recepimento*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 2, p. 255 ss.

status del diritto romano, dove era una condizione personale rilevante per il diritto in via stabile e continuativa, capace di dar vita a prerogative e doveri e di distinguere un soggetto dagli altri soggetti²³. Nel diritto moderno²⁴, si potrà discorrere di *status* per designare il fascio di diritti che spettano al soggetto; la relativa nozione rileva quindi sul piano della fattispecie²⁵, ovvero come presupposto di fatto cui sono collegate alcune conseguenze giuridiche²⁶.

Contrapposta allo *status* vi è la semplice «situazione», che designa una «forma di rapporto dell'uomo col mondo», avente carattere episodico e temporaneo, conchiusa nei confini ristretti di un rapporto con uno o più soggetti, che costituisce una normale esplicazione della capacità di agire del soggetto²⁷.

Se lo *status* è un mezzo tecnico per tradurre una «situazione» in una condizione rilevante per il diritto, occorre comunque una espressa previsione normativa, che in questo caso non sussiste²⁸.

Se *status* invece esprime, da un lato, «l'effetto di una data fattispecie», e dall'altra, «fattispecie di un'ulteriore serie di effetti», cioè di diritti e di obblighi che si ricollegano a quello specifico stato, e quindi rappresenta una figura giuridica intermedia, che si pone come effetto della prima e come causa della seconda²⁹, neanche in quest'accezione «cliente» potrebbe costituire uno stato: le conseguenze giuridiche derivanti dalla norma che regola uno specifico rapporto sono infatti legate a *quel* rapporto contrattuale, non ad altro. Si ha piuttosto una «qualità», che non costituisce effetti giuridici, statuiti da apposite norme, ma è un «nome riassuntivo di elemento di fattispecie»³⁰. Mentre lo *status* consiste in una

²³ *Status* è «il rapporto che nell'aggregato sociale assume l'individuo, entrando necessariamente a farne parte, diventandone membro» per A. CICU, *Il concetto di status*, in *Scritti minori di A. Cicu*, Milano, 1965, I, 1, p. 181 ss.

²⁴ Si è parlato, come noto, di transizione «from status to contract» (e cfr. H.S. MAINE, *Ancient Law: its connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*, London, Murray, 1861, p. 170).

²⁵ Cfr. N. IRTI, *Introduzione allo studio di diritto privato*, IV ed., Padova, 1990, p. 29 ss.

²⁶ Cfr. P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 211 ss.

²⁷ Cfr. P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, cit., p. 211 s.

²⁸ D'altronde, come diceva S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, I, 1, p. 259 s., «il fenomeno giuridico si definisce per i suoi caratteri formali e non in base alle premesse materiali pregiuridiche o metagiuridiche».

²⁹ Così N. IRTI, *Introduzione allo studio di diritto privato*, cit., p. 31 s.

³⁰ N. IRTI, *Introduzione allo studio di diritto privato*, cit., p. 29.

figura giuridica intermedia, che compendia ellitticamente più fattispecie aventi i medesimi effetti, la «qualità» giuridica opera al livello di costruzione della parte ipotetica della norma³¹. La qualità soggettiva di «cliente» (e parimenti potrebbe dirsi per quella di «consumatore», così come delineata dall'art. 3, comma 1, lett. a, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, recante il c.d. Codice del consumo³²), assume un carattere relativo: si è clienti solo in quanto si conclude un contratto con un imprenditore o un professionista, e non vi è una categoria di soggetti che siano, in senso assoluto, individuabili come «clienti».

Queste considerazioni portano a ritenere che l'elemento di cui la clientela si compone, il cliente, appunto, dal punto di vista giuridico non rappresenti null'altro che la posizione contrattuale di un soggetto³³. Ogni ragionamento sulla tutela apprestata dall'ordinamento agli interessi che riguardano la clientela in senso soggettivo, ossia come insieme di clienti, porta quindi a considerare la disciplina delle diverse posizioni contrattuali che la compongono, per capire, come cercheremo di fare nel prossimo capitolo, se esse possano diventare oggetto di diritti collettivamente, sotto forma di universalità di diritto, ovvero anche come 'blocco' di clienti.

2.3. Le definizioni di 'clientele' nella dottrina francese

Nella dottrina francese l'attenzione al fenomeno è stata maggiore di quella italiana, ed è stata agevolata dalla presenza di una terminologia che ha permesso di attribuire al fenomeno della clientela professionale (c.d. *clienteles civiles*) un posto a parte in quella che Carnelutti definirebbe la «mappa del giurista»³⁴: i due tipi di clientela si differenziano infatti per essere l'una collegata a un'azienda commerciale (*fonds commercial*), l'altra ad uno studio professionale (*poste professionel*, o *fonds liberal*).

La definizione di clientela in generale oscilla da quella di un «ensemble des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles qui existent et seront

³¹ *Ibidem*.

³² Cfr. AA.VV., *Dieci lezioni*, cit., p. 150 ss.

³³ L'impiego del termine «posizione contrattuale» è stato proposto da R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 292: cfr. anche R. CICALA, voce *La cessione del contratto*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 878.

³⁴ Il riferimento è contenuto nel celebre saggio di F. CARNELUTTI, *Valore giuridico della nozione della azienda commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I, p. 156.