

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

Estratto:

RICCARDO MAZZARIOL

*Attività di psicoanalista
e professioni intellettuali «protette»:
spunti per una riflessione critica*

CEDAM

ATTIVITÀ DI PSICOANALISTA E PROFESSIONI INTELLETTUALI «PROTETTE»: SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE CRITICA [★]

di RICCARDO MAZZARIOL

SOMMARIO: 1. I principi regolatori della materia. – 2. I parametri legislativi di riferimento. – 3. Psicologia, psicoterapia e psicoanalisi: le ragioni di una differenziazione concettuale e normativa.

1. I PRINCIPI REGOLATORI DELLA MATERIA.

Negli ultimi anni si assiste ad un generale ripensamento del ruolo delle professioni intellettuali «protette» nel panorama italiano. E ciò non solo e non tanto sotto il profilo strettamente socio-economico, in ragione degli indubbi riflessi che l'accesso vincolato a talune attività intellettuali pone sul piano occupazionale e dei costi per i committenti ⁽¹⁾, ma anche dal punto di vista strettamente giuridico attraverso una rivalutazione delle maglie di controllo sulla validità dei rapporti tra professionista e clienti.

È opinione ormai diffusa – sotto l'influsso di una ultradecennale attività di *moral suasion* esercitata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e dalle istituzioni comunitarie – che la mera iscrizione ad un albo non costituisca più la *condicio sine qua non* per assicurare la competenza di un professionista. D'altra parte, è con un certo e fondato disincanto che si misura oggi il livello qualitativo delle prestazioni professionali con il metro della appartenenza ad un dato Ordine o, ancora prima, con il possesso di un certo titolo di stu-

dio. Si deve prendere atto che lontani sono i tempi in cui l'università, inizialmente, e il raggiungimento di un'abilitazione professionale, poi, risultavano davvero sufficienti a fondare un giudizio sulla capacità di un professionista ⁽²⁾. Nella nostra epoca, rispetto a simili perplessità, occorre giungere ad una ridefinizione degli interessi giustificanti la vincolatività dell'esercizio di un'attività intellettuale al raggiungimento di qualifiche formali al fine di non farle trascolorare in titoli puramente formalistici. Si tratta di verificare, di volta in volta, con riferimento ad una particolare professione, se venga in rilievo un cospicuo e giustificato interesse pubblico idoneo a giustificare un vincolo d'ingresso. Il dubbio è che in molte vicende la legittima lotta all'abusivismo, all'occasionalità e al dilettantismo professionale nasconda finalità neocorporative in contrasto con il principio generale del nostro ordinamento della libertà dell'accesso alla professione ⁽³⁾.

È certamente vero che è la stessa Carta costi-

⁽²⁾ La crisi delle organizzazioni dei professionisti ha spinto persino taluni aa. ad interrogarsi se oggi sia ancora giustificata la loro presenza. Sul tema si rimanda a CASSESE, *La riforma degli ordini professionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 633 ss.; PRETO, *Le libere professioni in Europa: regole e concorrenza per il mercato globale*, Egea, 2001, 1 ss.; TIVELLI, *Ordini professionali: la liberalizzazione può attendere*, Il Mulino, 2007, 3, 431 ss.; BORTOLOTTI, *La competizione regolata nel mercato dei servizi professionali*, in *Le professioni intellettuali tra liberalizzazione e nuova regolazione*, a cura di ZAMAGNI, Egea, 1999, 97 ss. In particolare, si è sostenuto che con l'evoluzione della società «le conoscenze e i mestieri cambiano, per cui la difesa assicurata dagli Stati finisce per proteggere i professionisti, più che la professione» (così CASSESE, *op. cit.*, 641).

⁽³⁾ PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, XXVII, 1, Giuffrè, 1996, 395 ss.

[★] Contributo pubblicato in base a refereee.

⁽¹⁾ In tempi recenti, non può essere ignorato l'influsso, nel vivace dibattito che ruota attorno alle libere professioni, di considerazioni metagiuridiche di matrice concorrenziale ed economica volte a «liberalizzare» le attività intellettuali attraverso l'eliminazione delle restrizioni all'accesso e l'instaurazione di un «vero mercato» sul presupposto che tale soluzione riduca i prezzi e offra servizi migliori. Ne dà atto, sul punto, SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, Cedam, 2010, 8 ss.

tuzionale, al comma 5° dell'art. 33, a prevedere che per l'abilitazione all'esercizio professionale deve essere prescritto un esame di Stato finalizzato a verificare la preparazione del candidato (4). Tuttavia, il significato da attribuire a tale disposizione va oltre quello stringente che traspare *prima facie* dalla lettera della norma e deve armonizzarsi con i canoni fondamentali esistenti *in subiecta materia*. A suggerire un'interpretazione restrittiva del disposto costituzionale è il medesimo art. 33 laddove, al comma 1°, stabilisce che l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento: pur trattandosi di professioni intellettuali ne viene espressamente disposta la libertà d'esercizio. Suggestioni in questa direzione si alimentano anche dalla considerazione che l'autonomia di ciascun cittadino di scegliere e svolgere un'attività professionale costituisce esplicitazione di quei diritti inviolabili facenti parte delle libertà civili fondamentali previste dall'art. 2 Cost. (5) e dalla Carta dei diritti fondamentali UE (6); d'altra parte, è lo stesso art. 35, nel suo comma 1°, a conferire primaria tutela al lavoro in tutte le sue forme e applicazioni e l'art. 4 a riconoscere a tutti i cittadini il diritto al lavoro. Ne viene restituito all'interprete un quadro d'insieme in cui l'accesso ad una professione può trovare limitazione ad opera della sola legge qualora vi siano particolari esigenze di interesse pubblico, fatte

(4) In tal senso, la CORTE COST., 7.7.1964, n. 77, in *Giur. cost.*, 1964, 794, ha affermato che «la ragione essenziale per cui l'art. 33, comma 5°, della Costituzione prescrive l'esame di Stato per l'esercizio delle libere professioni è data dalla esigenza che un accertamento preventivo, fatto con serie garanzie, assicuri, nell'interesse e della collettività e dei committenti, che il professionista abbia i requisiti di preparazione e di capacità occorrenti per il retto esercizio professionale».

(5) MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2009, sub artt. 2229-2238, 18 ss.; ASSINI-MUSOLINO, *Esercizio delle professioni intellettuali. Competenze ed abusi*, Cedam, 1994, 7 ss.

(6) La Carta delle libertà fondamentali UE, al paragrafo 1 dell'art. 15, intitolato «Libertà professionale e diritto di lavorare», solennemente stabilisce che «ogni individuo ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata».

oggetto di considerazione da norme aventi rango costituzionale (7), che, in assenza di una regolamentazione vincolata dell'accesso all'attività, verrebbero irrimediabilmente lese.

Questa soluzione, peraltro conforme al principio della libertà d'iniziativa economica consacrato nell'art. 41 Cost. (8), vincola in primo luogo il legislatore qualora si accinga a decretare, per lo svolgimento di una certa professione, l'obbligatorietà del superamento di un esame di Stato. Che quest'ultimo, imposto dall'art. 33 Cost. per l'abilitazione all'esercizio professionale, si riferisca alle sole libere professioni è principio pacifico. I dissensi e le incertezze nascono in relazione alla nozione di libera professione in generale e in rapporto a singole professioni rispetto alle quali si ammetta o si neghi la rispondenza a questa nozione. In seno a tale dibattito, si è giunti a definire un criterio storico di applicazione del disposto costituzionale: quando sussistono dei dubbi, uno dei canoni per identificare se una professione debba considerarsi libera, ai fini dell'applicazione dell'art. 33, comma 5°, è quello basato sulla tradizionale disciplina che a detta professione o a professioni simili davano le leggi precedenti alla Costituzione (9). La correttezza di questa impostazione non consente però di ritenere che la Carta fondamentale abbia cristallizzato il sistema che vigeva al tempo della sua entrata in vigore. In altri termini, non può contestarsi al legislatore la facoltà di eliminare, aggiungere o sostituire un esame di Stato per altre o nuove professioni intellettuali aventi caratteristiche ed esigenze

(7) Così MUSOLINO, *op. cit.*, 19. In ambito comunitario, la Corte giust. UE ha ammesso che il diritto comunitario non vieta agli Stati membri di stabilire l'obbligo di iscrizione ad albi professionali purché ciò avvenga per ragioni di interesse pubblico e senza discriminazioni (cfr. CORTE GIUST. CE, 19.1.1988, causa C-292/86, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce «Comunità europee», n. 319).

(8) È indubbio che le professioni intellettuali costituiscono esempi di iniziative economiche private regolate anch'esse da tale disposto costituzionale. Cfr. IBBA, *Sulla riforma delle libere professioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 174.

(9) CORTE COST., 7.7.1964, n. 77, cit.

speculari a quelle esistenti⁽¹⁰⁾, tenendo però sempre a mente i parametri di valutazione dell'opportunità, se non anche della necessità, di una simile scelta offerta dalla tutela di oggettive esigenze pubblicistiche aventi rango superiore. E questo criterio di riferimento s'impone, a maggior ragione, con riguardo all'opera ermeneutica compiuta dai giudici nel caso in cui appaia incerta l'appartenenza di una attività intellettuale, legislativamente non disciplinata, ad un predeterminato Ordine professionale.

2. I PARAMETRI LEGISLATIVI DI RIFERIMENTO. Sono gli artt. 2229 ss. cod. civ. a fondare la disciplina di riferimento in tema di professioni intellettuali. Il codice opera una distinzione all'apparenza precisa tra attività protette e libere, stabilendo che per l'esercizio di alcune è indispensabile l'iscrizione in appositi albi o elenchi tenuti da un ente. Il discrimine tra le due categorie è fornito dalla legge: è demandata a questa fonte normativa l'individuazione delle singole professioni per le quali è necessario che gli appartenenti, dopo aver superato un esame di Stato o effettuato un particolare percorso formativo, ottengano l'ammissione ad un albo.

Dalla lettura dell'art. 2229 cod. civ. può delinearsi un primo e innegabile approdo concettuale: non tutte le professioni intellettuali sono protette o, invertendo i termini del discorso, possono esistere delle attività che, benché libere, fanno parte della categoria generale delle professioni intellettuali. E ciò con riguardo non solo alle professioni caratterizzate da un loro specifico contenuto, ma anche a quelle prestazioni a carattere professionale o intellettuale non specificamente riconosciute o tipizzate dall'ordinamento e nondimeno oggetto di un rapporto di lavoro autonomo sussumibile negli artt. 2230 ss. cod. civ.⁽¹¹⁾ D'altra parte, ancorché alcun disposto giuridico dichiari l'esistenza di una determinata attività o ne di-

sciplini lo svolgimento, quest'ultima, se ne possiede i presupposti, potrà nondimeno definirsi professione intellettuale e il suo esercizio sarà, per definizione, libero. Sotto questo profilo, dall'angolo visuale che qui interessa, nessuno dubita che la pratica psicoanalitica rientri a pieno diritto tra le prestazioni d'opera intellettuale regolate dal codice civile⁽¹²⁾.

Giova a questo punto precisare che l'inclusione o meno in un pubblico elenco determina per il professionista «protetto» una serie di conseguenze di non poco rilievo. Il profilo a cui s'intende alludere concerne, *in primis*, il fatto che l'esecuzione di una prestazione professionale di natura intellettuale effettuata da chi non sia iscritto nell'apposito albo previsto dalla legge dà luogo, ai sensi degli artt. 1418 e 2231 cod. civ., a nullità assoluta del rapporto tra professionista e cliente⁽¹³⁾, privando il contratto di qualsiasi effetto; con la conseguenza che il soggetto non iscritto o che non sia munito nemmeno della prescritta qualifica professionale per appartenere a categoria del tutto differente, non ha alcuna azione per il pagamento della retribuzione, nemmeno quella sussidiaria di arricchimento senza causa⁽¹⁴⁾. In seconda battuta, agli effetti negativi sul piano civile si aggiungono quelli sfavorevoli in campo

⁽¹²⁾ Pertanto, esula dal campo d'indagine l'individuazione della nozione di «professione intellettuale» dal punto di vista giuridico. Per un'analisi su questo profilo, si rimanda alle considerazioni svolte da SALOMONE, *op. cit.*, 10 ss.; PERULLI, *op. cit.*, 402 ss.; MUSOLINO, *op. cit.*, 3 ss.; ANASTASI, voce «Professioni. IV) Professioni intellettuali e subordinazione – dir. lav.», in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Ed. Enc. it., 1991, 1 ss.

⁽¹³⁾ L'invalidità del negozio si fa generalmente discendere dall'illiceità della causa. Cfr. sulla questione ASSINI-MUSOLINO, *op. cit.*, 58 ss.; CARNE-LUTTI, *Nullità del contratto di patrocinio per difetto di titolo professionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, 313. Parte minoritaria della dottrina ha parlato invece di difetto di capacità del prestatore d'opera: cfr. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro. it., 1972, sub artt. 2188-2246, 220; PALAZZO, *Prestazione d'opera di professionisti non iscritti all'albo*, in *Temì*, 1949, 301.

⁽¹⁴⁾ CASS., 11.6.2010, n. 14085, in *Giust. civ.*, 2011, I, 987.

⁽¹⁰⁾ PREDIERI, *Annotazioni sull'esame di Stato e l'esercizio professionale*, in *Giur. cost.*, 1963, 512; ZACCARIA, *La «nuova» mediazione quale attività riservata*, in *La mediazione, Antologia*, a cura dello stesso a., Cedam, 1992, 63; PERULLI, *op. cit.*, 401 ss.

⁽¹¹⁾ CASS., 26.8.1993, n. 9019, in *Rep. Foro. it.*, 1993, voce «Professioni intellettuali», n. 38.

penale, previsti dall'art. 348 cod. pen. che punisce chiunque eserciti abusivamente una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato ⁽¹⁵⁾.

In entrambi i casi, appare chiaro il ruolo fondamentale che svolge in quest'ambito l'art. 2229 cod. civ. ⁽¹⁶⁾: il parametro di valutazione della eventuale nullità del rapporto lavorativo o dell'addebitabilità delittuosa della condotta del professionista deve trovare fondamento solamente in un atto legislativo che individui la categoria professionale di appartenenza del soggetto quale professione necessitante l'iscrizione ad un albo. Da tale enunciazione possono farsi discendere due importanti corollari. In primo luogo, a fronte del riscontrato disinteresse della legge ordinaria, non ha alcuna rilevanza che una certa attività professionale possa essere inquadrata o meno nello schema delle professioni intellettuali, giacché, fino a quando lo Stato non ritiene di disciplinarla e di richiedere per il suo esercizio una speciale abilitazione, la stessa rappresenta un lavoro professionale tutelato ex art. 35, comma 1°, Cost., in tutte le sue forme e applicazioni, e costituisce una iniziativa privata libera ai sensi dell'art. 41 Cost. Né la sanzione civile, né quella penale risulteranno allora applicabili: il rapporto negoziale sorgerà validamente e il fatto non sarà preveduto dalla legge come reato. Secondariamente, le prestazioni di opera intellettuale che devono necessariamente svolgersi nell'ambito di una data professione protetta sono solo quelle riservate in via esclusiva a quella determinata categoria professionale. Al di fuori di

⁽¹⁵⁾ È evidente che l'abuso consiste proprio nell'esercizio di una professione per la quale lo Stato richieda per legge una speciale abilitazione da parte di chi non l'abbia conseguita. Cfr. CORTE COST., ord. 2.2.1988, n. 149, in *Giur. cost.*, 1988, I, 489.

⁽¹⁶⁾ Tant'è che la stessa Corte di Cassazione ha riconosciuto all'art. 348 cod. pen. la natura di norma penale in bianco atteso che rinvia ad altra norma (quella civile) per la definizione della fattispecie delittuosa. Cfr. CASS. PEN., 10.11.2009, n. 47028, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce «Esercizio abusivo», n. 1; CASS. PEN., 3.4.1995, n. 9089, in *Riv. pen.*, 1995, 1444. Nello stesso senso si è espressa anche la CORTE COST., 27.3.1993, n. 199, in *Giur. cost.*, 1993, 1359.

questo campo, a seconda del contenuto delle prestazioni e della relativa organizzazione, vige il principio generale di libertà di lavoro autonomo e di libertà dell'impresa di servizi. Pertanto, anche con riferimento ad una prestazione d'opera intellettuale astrattamente rientrante nell'alveo di una particolare professione dotata di vincoli d'accesso, occorre di volta in volta verificare, attraverso un criterio di stretta interpretazione, se quella attività possa definirsi o meno esclusiva. Questa regola ha trovato riscontro in campo forense allorché sono stati chiariti i limiti dell'assistenza legale riservata agli iscritti all'albo degli avvocati: esclusivamente la rappresentanza, l'assistenza e la difesa delle parti in giudizio e, comunque, le sole attività di diretta collaborazione con il giudice nell'ambito del processo sono riservate ai patrocinatori legali; al di fuori di esse, la giurisprudenza ha chiarito che l'opera di consulenza stragiudiziale non può considerarsi riservata agli iscritti negli albi professionali in quanto attività non esclusiva ⁽¹⁷⁾.

Le considerazioni appena svolte giustificano perciò la necessità che l'indagine sulla valenza della riserva di legge di cui all'art. 2229 cod. civ. debba condursi alla luce della regola generale della libertà di accesso alle professioni. Quest'ultima, di recente, ha trovato consacrazione anche in disposizioni legislative attuative dei ricordati precetti costituzionali: con il d.l. 13.8.2011, n. 138 ⁽¹⁸⁾, dopo aver proclamato, con ovvietà e non senza una certa enfasi, che l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge, il legislatore ha delineato i principi guida per la riforma degli ordini professionali che hanno trovato attuazione nel successivo d.p.r. 7.8.2012, n. 137.

⁽¹⁷⁾ CASS., 30.5.2006, n. 12840, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 26; CASS., 7.7.1987, n. 5906, in questa *Rivista*, 1988, I, 338; CASS., 18.5.1957, n. 1651, in *Foro it.*, 1958, I, 93.

⁽¹⁸⁾ Tale decreto è stato convertito con modificazioni dalla l. 14.9.2011, n. 148 e segue un precedente decreto legislativo (d. legis. 2.2.2006, n. 30), sempre posto in materia di professioni, al cui art. 4 si afferma che «l'accesso all'esercizio delle professioni è libero, nel rispetto delle specifiche disposizioni di legge».

In entrambe le fonti normative, si enuncia che l'accesso alla professione è libero e che ogni limitazione è consentita *unicamente* laddove risponda a ragioni di interesse pubblico, tra cui quelle connesse alla tutela della salute umana⁽¹⁹⁾. Correlativamente, si prescrive che la formazione di albi speciali, legittimanti *specifici* esercizi dell'attività professionale, fondati su specializzazioni ovvero su titoli o esami ulteriori, è ammessa solo su *espresa* previsione di legge⁽²⁰⁾.

È pertanto sulla base di questi paradigmi legislativi che dovrà valutarsi la riconducibilità dell'attività di psicoanalista nell'ambito di quella professione intellettuale protetta a cui sembra accostarsi maggiormente: l'attività di psicoterapeuta.

3. PSICOLOGIA, PSICOTERAPIA E PSICOANALISI: LE RAGIONI DI UNA DIFFERENZIAZIONE CONCETTUALE E NORMATIVA. La l. 18.2.1989, n. 56 (*Ordinamento della professione di psicologo*, c.d. «legge Ossicini»), disciplinando per la prima volta l'attività di psicologo, all'art. 2 ha stabilito che per esercitare tale professione è necessario avere conseguito l'abilitazione in psicologia, mediante il superamento di un esame di Stato e l'iscrizione nell'apposito albo professionale, e ha disposto che sono ammessi all'esame i laureati in psicologia che abbiano effettuato un tirocinio pratico.

La stessa legge ha disciplinato anche l'esercizio dell'attività di psicoterapeuta, la quale non si limita, come quella dello psicologo, all'uso degli strumenti conoscitivi e di intervento per la prevenzione, la diagnosi, le attività di abilita-

zione, riabilitazione e di sostegno in ambito psicologico (come dichiarato all'art. 1), ma ha una funzione più propriamente curativa, essendo rivolta alla rimozione di disturbi mentali, emotivi o comportamentali. Di conseguenza, si richiede una particolare e più complessa specializzazione. Per questa ragione, l'art. 3 ha subordinato l'esercizio dell'attività psicoterapeutica ad una specifica formazione professionale da acquisirsi, dopo il conseguimento della laurea in psicologia o in medicina, mediante corsi di specializzazione quadriennali, che prevedano adeguata formazione e addestramento in psicoterapia, attivati presso scuole di specializzazione universitaria o presso istituti a tal fine riconosciuti.

Come è stato efficacemente osservato⁽²¹⁾, la definizione legislativa della professione di psicologo, contenuta nell'art. 1 l. n. 56/1989, si risolve in una tautologia o in una «non-definizione» giacché la stessa è descritta come quella che si svolge «in ambito psicologico»⁽²²⁾. Saggiamente, il legislatore ha invece omesso di delimitare i confini dell'attività psicoterapeutica. Non solo: non è stato nemmeno istituito un apposito albo professionale degli psicoterapeuti, tant'è che gli stessi trovano albergo in speciali elenchi inseriti negli albi degli psicologi e dei medici. Queste evidenze, unite alla differenza sostanziale esistente tra le due professioni, hanno portato, *in primis*, a rilevare l'irrazionalità della scelta legislativa di disciplinare l'attività psicoterapeutica all'interno di una legge dedicata a quella psicologica che poco o nulla ha a che vedere con la prima⁽²³⁾; e, in secondo luo-

⁽¹⁹⁾ Cfr. l'art. 3, comma 5°, d.l. 13.8.2011, n. 138. Da ultimo, si segnala che la l. 19.12.2012, n. 3270, nello stabilire una disciplina per le professioni non organizzate in ordini o collegi, all'art. 1 ha riaffermato il principio secondo cui «l'esercizio della professione è libero».

⁽²⁰⁾ Cfr. Part. 2, comma 2°, d.p.r. 7.8.2012, n. 137. Specularmente, all'art. 1, si definisce la «professione regolamentata» come quell'attività, o insieme di attività, riservate per *espresa* disposizione di legge o non riservate, il cui esercizio è consentito solo a seguito d'iscrizione in ordini o collegi subordinatamente al possesso di qualifiche professionali o all'accertamento delle specifiche professionalità.

⁽²¹⁾ Ci si riferisce a GALGANO, *Parere pro veritate sull'applicazione della legge 56 del 1989*, edito on line sul sito <http://www.accademiaperlaformazione.it/fileallegati/galgano.pdf>.

⁽²²⁾ L'art. 1 l. 18.2.1989, n. 56 dispone che «la professione di psicologo comprende l'uso degli strumenti conoscitivi e di intervento per la prevenzione, la diagnosi, le attività di abilitazione-riabilitazione e di sostegno in ambito psicologico rivolte alla persona, al gruppo, agli organismi sociali e alle comunità. Comprende altresì le attività di sperimentazione, ricerca e didattica in tale ambito».

⁽²³⁾ GALGANO, *op. cit.*, il quale osserva come tra le due attività vi sia una evidente diversità «per natura, funzione e struttura».

go, a inferire che tale professione non rientra in quelle protette *ex art.* 2229 cod. civ. posto che la l. n. 56/1989 si sarebbe limitata a disciplinare la psicoterapia esercitata da medici o psicologi e non a regolamentare *in toto e tout court* tale attività. Pertanto, secondo questa prospettiva, la psicoterapia potrebbe essere praticata anche da soggetti privi di laurea in medicina o psicologia⁽²⁴⁾, formatisi attraverso altri percorsi di specializzazione, non per questo meno seri e affidabili.

A prescindere da tale ultima considerazione, su altro e diverso piano rispetto alle due professioni poc'anzi esaminate si colloca quella dello psicoanalista. Questa rappresenta un *tertium genus*, dotata di natura e finalità del tutto proprie che la contraddistinguono e la differenziano rispetto alle altre⁽²⁵⁾. L'attività analitica è definibile come teoria dell'inconscio volta all'indagine di quei fenomeni dell'elaborazione mentale che risiedono al di fuori della sfera della coscienza attraverso l'analisi delle associazioni libere, degli atti mancati e dei sogni del paziente. Nessun intento strettamente terapeutico è proprio di questa disciplina: non vi è alcun comando o influenzamento da parte del professionista, né alcuna diagnosi e tantomeno la proposta di modelli comportamentali. Tant'è che lo scenario tipico, tuttora vigente, della cura psicoanalitica prevede il paziente steso sul lettino e l'analista seduto alle sue spalle in silenzioso ascolto, in un atteggiamento di astinenza (di non gratificazione di impulsi e desideri) e di neutralità (di rinuncia a dare suggerimenti, suggestioni, giudizi)⁽²⁶⁾. Quell'in-

tento propriamente curativo, tipico di ogni terapia, manca del tutto. Quanto poi alla formazione professionale, l'atteggiamento della psicoanalisi rispetto alla selezione dei candidati è stato sin dal principio di grande rigore: dopo la laurea (il più delle volte in medicina o filosofia, ma di recente anche in psicologia), l'aspirante analista deve entrare a sua volta in analisi, frequentare corsi teorici e clinici in un ente di psicoanalisi riconosciuto e svolgere attività clinica. Solamente al termine di questo percorso formativo, della durata tendenziale minima di cinque o sei anni, egli può aspirare ad essere accettato come membro di un istituto componente l'*International Psychoanalytical Association*⁽²⁷⁾.

L'evidente diversità strutturale esistente tra le professioni di psicoanalista, di psicologo e di psicoterapeuta ha indotto il legislatore ad omettere, scientemente, di regolamentare la

società facente parte della *International Psychoanalytical Association* (I.P.A.) fondata da Sigmund Freud nel 1910.

(27) Così l'Associazione Italiana di Psicoanalisi descrive oggi il *training* a cui deve sottoporsi ogni psicoanalista, secondo le norme delle società componenti l'I.P.A.: «l'aspirante psicoanalista sostiene tre colloqui a carattere informativo-selettivo con tre analisti didatti. Se l'esito dei colloqui è positivo, il candidato può iniziare la sua psicoanalisi personale; in altre parole intraprende egli stesso un percorso analitico, proprio come un qualsiasi altro paziente, imparando così dalla sua viva esperienza cosa significhi entrare in contatto con il proprio mondo inconscio e con le proprie parti sofferenti. Solo dopo un determinato periodo di analisi (non meno di due anni), il candidato sostiene un nuovo colloquio, in seguito al quale viene stabilito se verrà ammesso a frequentare l'Istituto e a seguire i corsi di insegnamento teorici e clinici. Parallelamente, il candidato comincerà anche a svolgere attività clinica, sotto la supervisione e la consulenza di analisti didatti diversi dal suo analista personale. Questa seconda fase impegna l'aspirante psicoanalista per circa 4 o 5 anni, durante i quali continuerà sempre la sua analisi personale. Infine, il candidato sostiene una discussione con il comitato del training, corredata da un resoconto scritto dell'attività da lui svolta durante il periodo di formazione. Superata questa ultima fase, viene accettato come membro della società componente e, in ordine al regolamento internazionale, anche dell'I.P.A.» (cfr. *www.aipsi.it*).

(24) GALGANO, *op. cit.*

(25) Lo stesso Sigmund Freud in *Die Frage der Laienanalyse* (cfr. FREUD, *Die Frage der Laienanalyse*, 1926, GW XIV, 209-286), così affermava: «noi non desideriamo affatto che la psicoanalisi venga inghiottita dalla medicina e finisca col trovare posto nei trattati di psichiatria, al capitolo terapia, fra quegli altri procedimenti – come la suggestione ipnotica, l'autosuggestione e la persuasione – che nati dalla nostra ignoranza debbono la loro effimera efficacia soltanto all'inerzia o alla debolezza delle masse umane».

(26) Cfr. le linee guida della professione psicoanalitica definite sul sito internet ufficiale (*www.aipsi.it*) dell'Associazione Italiana di Psicoanalisi (A.I.Psi.),

psicoanalisi all'interno della l. n. 56/1989 (e tantomeno in qualsiasi altro testo legislativo). Che si tratti di una scelta voluta e non frutto di trascuratezza è testimoniato anche dai lavori preparatori: nel progetto di legge era presente un richiamo alle psicoterapie ad orientamento analitico, ma tale riferimento – dopo un approfondito dibattito parlamentare – è stato poi espunto dal testo definitivo. Questa decisione, oltre ai profili poc'anzi accennati, rappresenta il sintomo evidente dell'assenza di qualsivoglia legame tra la professione psicoanalitica e l'attività psicoterapeutica: l'ottenimento dell'abilitazione allo svolgimento di quest'ultima non può perciò costituire requisito legale per l'esercizio della prima ⁽²⁸⁾.

L'adesione a questa soluzione trova altresì conforto sul piano dei principi generali regolatori della materia. Si è detto che la regola che presiede lo svolgimento di ogni professione intellettuale è quella della libertà d'esercizio. È demandato alla sola legge il compito di individuare le attività per le quali è richiesta una particolare abilitazione attraverso il superamento di un esame di Stato e l'iscrizione in un pubblico elenco. Si noti: per tale individuazione non solo è prevista una riserva legislativa, ma questa deve essere anche «espressa» ⁽²⁹⁾. L'impiego di questo aggettivo da parte del legislatore non deve considerarsi un pleonasma, bensì assolve ad una funzione di orientamento erme-

neutico fondamentale e coerente con i ricordati principi costituzionali. La mancata specifica menzione di una professione intellettuale tra quelle riservate da una legge, attraverso una lettura *a contrario* della norma di cui all'art. 2229 cod. civ., non può che indurre l'interprete a considerare libero il suo esercizio. Nel silenzio del legislatore, di fronte ad una attività per natura, funzione e struttura dissimile da un'altra espressamente regolamentata, in assenza di una sua esplicita menzione in un atto legislativo, dinanzi a un dubbio circa la sua assimilabilità ad una professione protetta, il criterio che deve guidare il giudice deve essere ispirato alla regola della libertà dell'accesso alla professione. Quei superiori interessi costituzionali di tutela dei cittadini-committenti a cui la creazione di un albo intende offrire protezione devono trovare riparo in una legge che espressamente li salvaguardi: solamente lo schermo legislativo consente l'attivazione necessaria di una procedura abilitativa all'esercizio professionale.

E a nulla varrebbe accreditare il sospetto, con riferimento alla pratica psicoanalitica, che il mancato conseguimento da parte dell'analista del titolo di psicoterapeuta pregiudichi la qualità della prestazione resa. A prescindere dal rilievo della rammentata diversità strutturale esistente tra le due professioni – tanto che ben potrebbe ipotizzarsi il caso di un ottimo psicoterapeuta che si riveli essere un pessimo analista – si sottolinea come il percorso formativo a cui deve sottostare ogni psicoanalista appaia estremamente rigoroso e persino più lungo e complesso rispetto a quello previsto dalla l. n. 56/1989 per il tirocinio in psicoterapia. Quelle esigenze pubbliche di tutela di interessi collettivi che potrebbero venire in rilievo anche con riferimento alla pratica analitica sono già soddisfatte dal peculiare e rigoroso *iter* d'istruzione e di crescita professionale necessario per l'ottenimento della qualifica professionale riconosciuta di psicoanalista ⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ In una prospettiva comparatistica, si osserva come la pratica psicoanalitica si svolga liberamente, ossia in assenza di alcuna preventiva iscrizione in albi statali che prevedono il superamento di esami, in Europa e finanche negli Stati Uniti, ove è assai diffusa e per l'esercizio della quale alcuni Stati prevedono unicamente il raggiungimento di un attestato di *training*. Con ciò non s'intende però affatto affermare che la professione di psicoanalista possa essere svolta da chicchessia: è pur sempre necessario, per non incorrere in responsabilità civile, un percorso formativo certificato (preferibilmente da un Istituto membro dell'*International Psychoanalytical Association*) a cui consegue l'ottenimento della qualifica professionale di psicoanalista, a nulla rilevando però – sotto il profilo giuridico – che l'analista sia iscritto o meno all'elenco degli psicoterapeuti.

⁽²⁹⁾ Si vedano le disposizioni contenute nel d.l. 13.8.2011, n. 138 e nel successivo d.p.r. 7.8.2012, n. 137.

⁽³⁰⁾ Giunti a questo punto, *in limine* all'analisi, appare opportuno precisare come un argomento a favore della libertà d'esercizio della pratica analitica non possa in ogni caso ricavarsi dalle norme comunitarie che prevedono il cosiddetto diritto di stabili-

Il discorso sin qui svolto conduce dunque ad un'unica e, a questo punto, necessitata conclusione: non incorre nelle sanzioni civili e penali previste per l'esercizio abusivo della professione quel soggetto che svolge l'attività psicoanalitica senza aver ottenuto la previa iscrizione all'elenco degli psicoterapeuti⁽³¹⁾. Si dirà di più: sotto questo specifico profilo, a nulla rileverà nemmeno l'assenza di un serio e accreditato percorso di formazione in un ente riconosciuto a livello internazionale⁽³²⁾. Questa circostanza potrà eventualmente essere fatta valere in ipotesi di inadempimento delle obbligazioni contrattuali connesse all'esercizio dell'attività analitica. Quest'ultime sono obbligazioni di mezzo e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna alla prestazione della propria opera intellettuale per raggiungere il fine desiderato, ma non al suo conseguimento. Ne deriva che l'inadempimento

mento. Le direttive emanate sul tema concedono ai cittadini di uno Stato membro la facoltà di stabilirsi ed esercitare la loro professione in uno Stato dell'Unione Europea diverso da quello in cui essi hanno acquisito la loro qualifica professionale, alle stesse condizioni previste per i cittadini dello Stato di stabilimento. Queste norme comunitarie si astengono però dal disciplinare situazioni giuridiche meramente interne ad un Paese. Le stesse lasciano impregiudicata la disciplina nazionale relativa all'accesso alle singole professioni e al loro esercizio con il titolo dello Stato ospitante e non incidono sulle leggi interne che sanciscono, per determinate attività, l'obbligo di iscrizione nell'apposito albo professionale. Cfr. CASS. PEN., 29.10.2007, n. 46067, in *Guida al dir.*, 2008, 4, 90.

⁽³¹⁾ In materia penale, si deve registrare una tendenziale presa di posizione contraria. In una serie pressoché uniforme di sentenze anche recenti, la Supr. Corte ha ritenuto che integri il reato di esercizio abusivo della professione lo svolgimento, senza la necessaria iscrizione nell'elenco degli psicoterapeuti, dell'attività di psicoanalista. Cfr. ad esempio, da ultimo, CASS. PEN., 23.3.2011, n. 14408, in *Foro it.*, 2011, II, 458; CASS. PEN., 24.4.2008, n. 22268, ined., ma in C.E.D. della Corte di Cassazione. In ambito civile, non si rinvencono precedenti giurisprudenziali significativi sul tema e deve sostanzialmente rilevarsi un singolare disinteresse anche da parte della dottrina.

⁽³²⁾ Preferibilmente facente parte dell'*International Psychoanalytical Association*.

imputabile allo psicoanalista, derivante da imperizia o negligenza, deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti lo svolgimento dell'attività professionale e, in particolare, del dovere di diligenza, per il quale trova applicazione, in luogo del tradizionale criterio della diligenza del buon padre di famiglia, il parametro della diligenza professionale fissato dall'art. 1176, comma 2°, cod. civ. Questo criterio dovrà essere commisurato alla natura dell'attività esercitata, sicché la diligenza che il professionista deve impiegare nello svolgimento della sua attività è quella richiedibile ad un soggetto di preparazione professionale e di attenzione medie⁽³³⁾, a meno che la prestazione da eseguire in concreto non involga la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, nel qual caso la responsabilità è attenuata configurandosi, secondo il disposto dell'art. 2236 cod. civ., solo nel caso di dolo o colpa grave⁽³⁴⁾. Sotto questo profilo, la specificità della professione analitica presuppone sicuramente un notevole bagaglio di conoscenze e di competenze tecniche in chi la esercita: l'impegno intellettuale richiedibile ad uno psicoanalista medio è senz'altro superiore a quello di molti altri professionisti, necessitando di una preparazione e di un dispendio di mezzi concettuali ragguardevoli. Tuttavia, ciò non deve indurre a ritenere che l'esercizio di questa professione implichi sempre la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà⁽³⁵⁾, posto che si tratta di due piani affatto diversi.

È innegabile, allora, che il mancato conseguimento della qualifica di psicoanalista, ottenuta in un'associazione internazionalmente riconosciuta dopo lo svolgimento di un serio

⁽³³⁾ Occorre distinguere la diligenza professionale generica da quella variamente qualificata, giacché chi assume un'obbligazione nella qualità di specialista, o un'obbligazione che presuppone una simile qualità, è tenuto alla perizia che è normale della categoria di appartenenza.

⁽³⁴⁾ CASS., 8.8.2000, n. 10431, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce «Professioni intellettuali», n. 185.

⁽³⁵⁾ Naturalmente, la prova dell'esistenza di tale presupposto, rilevante ex art. 2236 cod. civ., derogando alle norme generali sulla responsabilità per colpa, incombe sul professionista (cfr. CASS., 22.4.2005, n. 8546, *ivi*, voce cit., n. 194).

percorso formativo, rileverà sotto il profilo probatorio: in questo caso, il committente insoddisfatto potrà agevolmente dimostrare – a fondamento della richiesta di risoluzione del contratto e dell’attivazione dei conseguenti rimedi restitutori e risarcitori – l’inadempimento delle obbligazioni professionali gravanti sull’analista in capo al quale graverà l’onere di provare l’adeguatezza delle prestazioni rese⁽³⁶⁾.

Accanto a queste osservazioni, occorre da ultimo considerare che l’ammissibilità della soluzione qui prospettata può essere meno faticosamente accettata laddove si consideri che la lacunosità del dato normativo, correlato alla

presenza dei descritti principi generali *in subiecta materia*, non pare rendere quest’esito altrimenti evitabile. Del resto, anche le stesse novelle legislative intervenute nell’ultimo biennio sembrano essersi mosse nella prospettiva del libero accesso alla professione. È possibile allora prospettare conclusivamente un nuovo approccio liberale ai limiti d’ingresso nel sistema professionale che ha per lo meno il pregio di restituire certezza all’orizzonte – altrimenti instabile – di una folta schiera di operatori in settori non espressamente regolamentati, tenuto conto che proprio nella certezza consiste la specifica eticità del diritto⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ CASS., 24.11.2003, n. 17871, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1284.

⁽³⁷⁾ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, 1968, 161.