

N.B. Le riflessioni qui svolte costituiscono solo un punto di partenza per uno sviluppo compiuto del tema, destinato a realizzarsi anche e soprattutto attraverso il confronto e il dibattito con gli autorevoli Studiosi coinvolti nei lavori del convegno di ODC. La seconda parte del lavoro, dedicata alle ricadute interpretative delle premesse poste in materia di denominazione sociale, obblighi di non concorrenza, scelte di governance, è tuttora in corso di elaborazione; vengono qui riportati solo i titoli dei paragrafi, per rendere l'idea dello schema complessivo del lavoro. Inoltre, nella prima parte mancano numerose note e citazioni. Pertanto, il presente paper va considerato come assolutamente provvisorio nella stesura e nei contenuti e non va citato senza il consenso espresso dell'autrice.

DANIELA CATERINO

Appunti in tema di soci e rapporti tra soci nelle società per l'esercizio delle attività professionali di cui alla legge n.183/2011.

SOMMARIO.

PARTE PRIMA.

1. La liberalizzazione delle società per l'esercizio delle attività professionali tra norme-manifesto e silenzi eloquenti. – 2. Alcuni assunti di partenza. – 3. Contratto di società, esercizio in comune dell'attività economica, esercizio dell'attività professionale. – 4. STP e modelli societari.

PARTE SECONDA.

1. Denominazione sociale e soci della STP. – 2. Obblighi di non concorrenza dei soci della STP. – 3. Equilibri di *governance* e controllo delle decisioni gestorie relative agli incarichi professionali. – 4. Il problema del conferimento d'opera e delle prestazioni accessorie. – 6. La circolazione della partecipazione. – 7. - Conclusioni.

PARTE PRIMA

1. La liberalizzazione delle società per l'esercizio delle attività professionali, tra norme-manifesto e silenzi eloquenti.

Con l'art. 10 della legge 12 novembre 2011, n. 183¹ viene abrogata *in toto* (comma 11) la legge n. 1815 del 1939² e si disciplina in positivo (co. 3) la costituzione di "società per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico", eliminando (ove ancora ve ne fossero³) ogni residuo ostacolo frapposto da leggi speciali all'esercizio di professioni in forma associata, sebbene resti impregiudicato il tema dei limiti di compatibilità con il principio di (tendenziale e non

¹ Come modificata dall'art. 9 *bis* della legge 24 marzo 2012, n. 27.

² Dopo che il solo articolo 2 era già stato oggetto di abrogazione per mano della c.d. legge Bersani 1 (art. 24 l. 7 agosto 1997, n. 266). Come ricorda C. IBBA, *Le società fra professionisti: ancora una falsa partenza?*, in *Riv. Not.*, 2012, 1, tale unica abrogazione era stata considerata (a suo parere erroneamente) dal legislatore sufficiente a rimuovere gli ostacoli contenuti nell'ordinamento all'esercizio delle professioni protette in forma associata.

³ E' noto che l'art. 1 della legge in questione è stato letto in prospettive anche molto divergenti dalla dottrina che si è occupata del tema: a chi riteneva che su di esso si fondasse la legittimità dell'esercizio in forma associata, anche societaria, delle professioni intellettuali si contrapponeva l'opinione di chi riteneva che, dopo l'abrogazione dell'art. 2, l'art. 1 costituisse ulteriore ostacolo alla costituzione di società professionali.

assoluta) infungibilità soggettiva del prestatore d'opera professionale, contemplato dall'art. 2232 c.c.

La norma reca alcune relevantissime affermazioni di principio, che perseguono l'evidente intento di sgombrare il campo da *querelles* storiche e mai del tutto sopite, neppure con l'approvazione di alcune discipline speciali, tra cui *in primis* la normativa in tema di società tra avvocati⁴.

A. Si afferma in via generale la liceità della costituzione di società dedite all'esercizio delle professioni protette⁵;

B. Si consente tale esercizio non attraverso un tipo speciale di società, creato ad hoc, e neppure – come per la società tra avvocati nell'originaria disciplina di cui al d. lgs n.96/2001 – attraverso uno specifico tipo preesistente, opportunamente *tailored* (con l'inserimento di clausole obbligatorie per legge), ma attingendo pienamente all'intero sistema ordinario dei tipi societari⁶, commerciali e non, dalla società semplice alla cooperativa, passando per s.p.a. ed s.r.l.⁷.

C. A tutte le società che vogliono “assumere la qualifica di società tra professionisti” si impone di inserire nel loro atto costitutivo una clausola che ammetta come soci non solo i “professionisti iscritti ad ordini, albi e collegi, anche in differenti sezioni, nonché dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, purché in possesso del titolo di studio abilitante”, ma anche “soggetti non professionisti soltanto per prestazioni tecniche, o per finalità di investimento” (comma 4 dell'art. 10 l. n. 183/2011, come modificato per effetto dell'art. 9 *bis*, l. 24 marzo 2012, n. 27). Pertanto, si legittima l'attribuzione dell'etichetta di STP a società che possono contemplare nella propria compagine anche soci privi di qualifica professionale inerente l'attività svolta⁸.

⁴ D. lgs. n. 96/2001, *Attuazione della direttiva 98/5/CE volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica professionale*, in G. U. n. 79 del 4 aprile 2001, suppl. ord. n. 72, su cui v. *ex multis* AA. VV., *Alcuni brevi commenti al Decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96 in tema di società di avvocati*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, 279; O. CAGNASSO, *La disciplina residuale del modello “società tra avvocati”*, in *Società*, 2001, 1180; A. DI CARO, *Il modello della STP: tappa o punto di arrivo della società tra professionisti?*, *ibidem*, 1161; C. IBBA, *Società fra avvocati e tipi societari*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, 575; C. MONTAGNANI, *Il “tipo” della società tra professionisti, denominato società tra avvocati*, in *Riv. Soc.*, 2002, 975; P. MONTALENTI, *La società tra avvocati*, in *Società*, 2010, 1169; A. PISANI MASSAMORMILE, *Trasformazione da e in società di avvocati*, in *Riv. Dir. comm.*, 2005, 189. Ma v. anche, all'indomani dell'approvazione della l. n.266/2006, le considerazioni di M. DE MARI, *Le società*, 2008, sull'intento chiarificatore che si percepiva nella suddetta disciplina.

⁵ Riferimenti sul concetto di professioni protette nella prospettiva del loro esercizio in forma associata in A. M. LEOZAPPA, *Società e professioni intellettuali*, Milano, 2004, in partic. a p.104 e ss.; e v. anche recentemente M. ZACCHEO, *Società tra professionisti e professioni protette*, in *Società*, 2012, 15.

⁶ Art. 10 co. 3: “E' consentita la costituzione di società per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico secondo i modelli societari regolati dai titoli V e VI del libro V del codice civile”.

⁷ Oggi il medesimo ventaglio di opzioni si apre anche per le società tra avvocati, in quanto l'art. 5 comma 2 della legge n. 247 del 31 dicembre 2012 (G. U., stabilisce che nell'esercizio della delega di cui al comma 1 per la disciplina della professione forense in forma societaria, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: “a) prevedere che l'esercizio della professione forense in forma societaria sia consentito esclusivamente a società di persone, società di capitali o società cooperative, i cui soci siano avvocati iscritti all'albo [...]”. Peraltro, la stessa norma di delega ha cura di precisare che tale ampliamento di opportunità non si compie attraverso l'abrogazione della disciplina del d. lgs. n. 96/2001, in quanto la successiva lettera n) dello stesso comma 2 impone di “prevedere che alla società tra avvocati si applichino, in quanto compatibili, le disposizioni sull'esercizio della professione di avvocato in forma societaria di cui al decreto legislativo 2 febbraio 2001, n.96”.

⁸ Rilevanti riferimenti alle qualità soggettive dei soci sono al centro della disciplina delle STP; ulteriori riferimenti a tali connotati sono contenuti nella bozza di regolamento del Ministero della Giustizia, diffusa in data 20 giugno 2012, ma ad oggi non ancora adottata in via definitiva (in proposito è stata anche presentata un'interrogazione parlamentare. Lo schema di regolamento ha ricevuto un parere parzialmente favorevole del Consiglio di Stato, che ha sollevato una serie di rilievi tanto in relazione ad aspetti disciplinati, quanto in merito a profili che non hanno ricevuto attenzione nella bozza; ma di ciò *infra* nel testo e nella successiva nota 11).

Nell'ennesimo sforzo liberalizzatore, dopo i tentativi falliti delle leggi Bersani uno e due⁹, la disciplina in esame si pone come una vera e propria norma-manifesto, desiderosa di dimostrare piena adesione e convinta replica alle severe reprimende europee¹⁰, ma al contempo timorosa di segnare un sentiero troppo definito, o di sbilanciarsi oltre il dovuto nel precludere opportunità interpretative nell'una o nell'altra direzione. L'urgenza della risposta, e la più o meno compiuta consapevolezza della necessità di recidere nettamente il nodo gordiano degli ostacoli sociali, prima ancora che ordinamentali, frapposti all'uso dello schema societario per i servizi professionali hanno generato una norma praticamente "in bianco", che però, con perfetta eterogenesi dei fini (quanto meno, dichiarati), apre molti più problemi di quanti ne risolva; a tacere del fatto che sul piano applicativo la disciplina risulta tuttora monca, in quanto non è stato ancora approvato il regolamento interministeriale attuativo¹¹.

La normativa in questione non ha inteso incidere direttamente sul profilo del regime delle attività professionali svolte su base individuale, né contiene alcuna affermazione dirimente sul piano della natura dell'attività professionale, individuale o societaria che sia¹². Neppure introduce espressamente l'esonero della STP dalla disciplina applicabile all'impresa commerciale in quanto tale (*id est*, ormai, soggezione alle procedure disciplinate dalla legge fallimentare). Né credo che sia prudente tentare ardite operazioni ermeneutiche per cogliere tra le righe indizi in un senso o nell'altro.

Una certa sciatteria complessiva del testo normativo, puntualmente segnalata da tutti i primi interpreti¹³, sconsiglia di ragionare *a contrario* su basi tipologiche: in altri termini, non credo si possa, ad esempio, automaticamente inferire il carattere non imprenditoriale, o almeno di impresa non commerciale, delle società in questione, argomentando dalla circostanza che il legislatore faccia sommario riferimento a tutti i "modelli societari regolati dai titoli V e VI", ivi compresa la società semplice, evidentemente inaccessibile se la STP esercitasse attività commerciale.

Il legislatore, insomma, non prende esplicita posizione in merito alla natura imprenditoriale o meno dell'attività professionale, individuale o associata che sia; e in ciò già si individua una chiara divaricazione tra il regime generale delle società per i servizi professionali e la nuova fisionomia delle società tra avvocati tratteggiata nell'art. 5 della riforma dell'ordinamento forense, che al contrario impone al legislatore delegato di "stabilire che l'esercizio della professione forense in

⁹ E v. l'*excursus* in Ibba, CNN.

¹⁰ Come ricordato da A. TOFFOLETTO, *Le società*, 2012, l'elemento che ha innescato l'iniziativa di riforma è stata la famigerata lettera della BCE datata 5 agosto 2011, in cui Governo e Parlamento venivano pesantemente compulsati a porre mano ad "una complessiva, radicale e credibile strategia di riforme, inclusa la piena liberalizzazione dei servizi pubblici locali e dei servizi professionali".

¹¹ Il Consiglio di Stato ha reso parere n. 3127, del 5 luglio 2012 (lo si veda in www.altalex.it) sulla bozza di regolamento predisposta nel giugno 2012; in tale parere, a fronte di una valutazione sostanzialmente positiva quanto all'impianto di fondo, ritenuto coerente rispetto alle scelte fatte proprie dalle previsioni di rango primario, il CdS ha peraltro sottolineato una serie di profili problematici; i principali rilievi riguardano:

- a) l'opportunità di consegnare al cliente l'elenco scritto non solo dei soci professionisti, ma anche dei soci con finalità di investimento;
- b) la necessità di chiarire meglio il regime di "incompatibilità" dei soci con riferimento alle ipotesi di condanne penali;
- c) il regime di responsabilità delle società "multidisciplinari", con riferimento all'opportunità di prevedere l'applicazione alla società di tutte le regole deontologiche correlate ai settori delle specifiche attività.

Sugli sviluppi successivi della vicenda v. *infra* nel testo.

¹² E neppure sul punto si possono ricavare elementi dalla disciplina regolamentare recentemente approvata in materia di riforma delle professioni regolamentate, in attuazione dei principi dettati dall'articolo 3, comma 5, del Decreto Legge n. 138 del 2011 (D.P.R. 07.08.2012 n° 137, G.U. 14.08.2012).

¹³ Ibba, CNN, Marasà.

forma societaria non costituisce attività d'impresa e che, conseguentemente, la società tra avvocati non è soggetta al fallimento e alle procedure concorsuali diverse da quelle di composizione delle crisi da sovraindebitamento". Con tale affermazione il legislatore delegante si è spinto ben al di là della scelta propria del d. lgs. n. 96/2001, in cui l'espresso esonero dal fallimento viene posto come mera regola di disciplina, senza predicare alcunchè sulla fattispecie¹⁴. L'opzione della riforma forense si accompagna a una scelta fortemente limitante sul piano del finanziamento della società, dal momento che è interdetta la partecipazione di soci capitalisti; scelta che ha già suscitato vibrante critiche in esponenti della professione forense più inclini a logiche organizzative imprenditoriali di stampo cosmopolita¹⁵.

Continuando nella rassegna dei silenzi, si rileva come l'art. 10 l. n. 183/2011 non chiarisca in modo definitivo se l'esercizio dell'attività professionale vada imputato ai soci professionisti ovvero alla società. Il riferimento testuale all'"incarico professionale conferito alla società" (art. 10, co. 4, lett. c) è stato ritenuto troppo flebile da più di un interprete. Più decisi sul punto i toni della bozza di regolamento interministeriale, che sposa l'opzione della qualità professionale della società, distinguendo nella rubrica del capo II tra conferimento ed esecuzione dell'incarico professionale e chiaramente imputando alla società le attività naturalmente connesse e prodromiche rispetto all'attribuzione dell'incarico, quali tipicamente gli obblighi di informazione in sede di primo contatto con il cliente¹⁶.

Allo stesso modo, nella legge resta ambigua l'opzione in merito al rapporto tra attività professionale e oggetto della STP. L'oscura clausola statutaria obbligatoria contemplata dal comma 4, lett. a) dell'art.10 ("esercizio in via esclusiva dell'attività professionale da parte dei soci") non va interpretata come rivolta ad imporre un oggetto sociale confinato all'esercizio dell'attività professionale¹⁷; ma nemmeno contiene elementi che, al contrario, escludano espressamente

¹⁴ Sicchè risulta alla fine è incerto lo stesso significato di tale esonero, che potrebbe dipendere dall'intento del legislatore di ribadire una conclusione ovvia – ciò che non rientra nella fattispecie non è, evidentemente, soggetto alla disciplina, e quindi chi non è imprenditore commerciale, altrettanto evidentemente, non fallisce; ovvero, all'opposto, , dalla volontà di esonerare dall'assoggettamento alle procedure concorsuali chi altrimenti sarebbe stato *de plano* sottoponibile alle stesse; e non sembra che dalle residue disposizioni del d. lgs. 96/2001 emergano elementi decisivi nell'una o nell'altra direzione.

¹⁵ Da parte di professionisti dell'avvocatura già proiettati in una dimensione organizzativa di tipo europeo, e di associazioni professionali vocate ad un orientamento progressista. Cfr. ad es. l'articolo *Gli avvocati: troppi veti nelle regole sulle società*, di P. MACIOCCHI, comparso sulla rivista dell'ANF.

¹⁶ Sebbene ammetta (art.4) che le informazioni possano essere fornite dalla società "anche tramite il socio professionista".

¹⁷ Conf. G. MARASÀ, *I confini delle società tra professionisti*, in *Società*, 2012, 397 ss., che nota come all'incerto aggancio testuale si accompagni la scarsa compatibilità di una simile affermazione con "l'obiettivo di liberalizzazione dello svolgimento delle attività economiche che costituisce il filo conduttore dei più recenti interventi legislativi". *Contra*, con chiara petizione di principio, il Comitato Unitario Permanente degli Ordini e Collegi Professionali. Nel documento *Le società tra professionisti: esame della normativa e proposte di intervento*, pubblicato all'indomani della legge n. 183/2011 e prima dell'intervento correttivo della l. n. 27/2013, si parte dall'assunto (indimostrato) dell'esclusività dell'oggetto sociale, limitato all'esercizio dell'attività professionale, per:

- a) negare qualsiasi spazio all'attività di prestazione di servizi strumentali;
- b) porre in dubbio la percorribilità pratica dell'opzione delle società multiprofessionali;
- c) affermare l'insussistenza di un divieto di attività professionale individuale in concorrenza con la società da parte dei soci professionisti;
- d) negare la legittimità di costituzione di STP unipersonali;
- e) negare a priori l'assoggettabilità a fallimento, e addirittura e più in generale alla legge fallimentare, della società tra professionisti.

dall'oggetto sociale della STP l'esercizio dell'attività professionale. Anche in questo caso, la scelta di campo si ritrova meglio esplicitata nella bozza di regolamento interministeriale, che all'art.1 comma 1 definisce la "società tra professionisti" o "società professionale" come "la società [...] avente ad oggetto l'esercizio di una o più attività professionali per le quali sia prevista l'iscrizione in appositi albi o elenchi regolamentati nel sistema ordinistico", senza peraltro fare cenno alcuno ad una presunta esclusività dell'oggetto.

Allo stato, in mancanza della definitiva approvazione del regolamento interministeriale di attuazione, resta aperto per la STP l'antico dilemma già proprio delle costruzioni interpretative in materia di professionista intellettuale individuale, e già si coglie nei primi commenti al provvedimento la spinosa alternativa: a) ritenere che l'attività del professionista intellettuale sia ontologicamente diversa dall'attività d'impresa, e di conseguenza

a1) escludere che la società possa assumere ad oggetto sociale tale attività, per concludere che l'istituto oggi disciplinato dal legislatore sia null'altro che una società "servente", una sorta di consorzio tra professionisti, o di GEIE domestico (così, Toffoletto, 2012); o in alternativa

a2) ritenere che la prestazione del servizio debba essere in ogni caso imputata al professionista-persona fisica, sicché si verificherebbe una scissione necessaria tra chi assume l'incarico professionale e chi effettua la prestazione (così Ibba, 2012); ovvero

b) assumere che i servizi professionali siano omogenei a tutti gli altri servizi, e dunque immaginare che sia possibile una società "professionista", ma che solo l'esercizio individuale consenta il pieno rispetto delle norme in tema di contratto d'opera intellettuale, sicché la società "professionista" non potrebbe accedere a tale regime (così Spada, 1997, nel diverso contesto della disciplina del d. lgs. n. 96/2001 sulla società tra avvocati); e dunque

b1) considerare la società-professionista imprenditore commerciale a tutti gli effetti, destinato ad operare attraverso lo schema negoziale dell'appalto di servizi, o con contratti che, pur avendo ad oggetto una prestazione d'opera intellettuale, in forza delle leggi speciali fatte salve dall'art. 2230 co. 2 siano altrimenti disciplinati.

Si noti che la rilevanza della soluzione del problema non emerge tanto rispetto all'interrogativo se la società per l'esercizio di attività professionali sia o meno impresa commerciale. Quand'anche si dimostrasse la (totale o condizionata) estraneità alla fattispecie "impresa commerciale", discenderebbero ben limitate conseguenze sul piano della disciplina, posto che gli obblighi di iscrizione al Registro delle Imprese e di tenuta delle scritture contabili¹⁸ derivano già dall'adozione dello schema societario di tipo commerciale; anche l'estraneità alle procedure concorsuali viene oggi in parte ridimensionata dalla previsione di una procedura della composizione della crisi da sovraindebitamento che accomuna imprenditori agricoli, imprenditori commerciali "sotto soglia" e professionisti. Sicché resterebbero due fondamentali conseguenze dell'affermata natura della società professionale:

- a) La perdurante esclusione dalle procedure disciplinate dalla legge fallimentare e in primis dal fallimento;
- b) La possibilità di utilizzare il tipo "società semplice", altrimenti preclusa ove si ritenesse necessariamente commerciale la natura dell'attività professionale in forma societaria.

Piuttosto, la rilevanza della ricostruzione in merito alla natura del servizio prestato si apprezza soprattutto per le conseguenze in termini di applicabilità o meno degli artt. 2230 e ss. c.c. ai

¹⁸ Al di là dell'ovvia soggezione alla disciplina fiscale, o alle norme antiriciclaggio, che introducono stringenti obblighi contabili anche per il professionista individuale.

contratti d'opera posti in essere dalla (o per il tramite della) società: si pensi, in particolare, alle ricadute in termini di applicazione alla società della disciplina dell'art. 2231 c.c. in tema di mancata iscrizione del professionista all'albo o elenco, ovvero di risoluzione del contratto in corso in caso di cancellazione del professionista dall'albo o elenco. Ma soprattutto, una chiara opzione di partenza consente di tentare una costruzione coerente sul piano dell'imputazione dei rapporti negoziali e della responsabilità per l'esecuzione dell'incarico, ed al contempo di impostare su basi più sicure un tentativo di soluzione delle spinose questioni legate alla *governance* della STP.

Non intendo entrare nel merito della fondatezza dei vari modelli ricostruttivi qui sommariamente evocati, tutti molto autorevolmente sostenuti, per tentare di confutarli; mi limiterò pertanto a rilevare che forse le nette contrapposizioni tra categorie e regimi si rivelano poco in linea con lo spirito liberalizzatore che permea questa disciplina, sicché mi paiono più convincenti le voci rivolte a porre in diretta correlazione le modalità di organizzazione e le scelte di *governance* della società con l'applicazione delle regole attinenti all'impresa.

Non nascondo, peraltro, che quando si esprima la convinzione della sostanziale o anche solo potenziale omogeneità tra attività professionale e impresa commerciale, gli interrogativi e le difficoltà si moltiplicano, sul fronte della fattispecie come su quello della disciplina.

La mera adozione dello schema societario non qualifica *a priori* come imprenditoriale l'attività della STP, nel senso che tale schema può accompagnarsi all'attività professionale protetta, senza che ciò conduca di per sé alle conseguenze di cui all'art. 2238 c.c. E oltretutto, quand'anche l'attività fosse qualificabile come impresa (commerciale), ciò non escluderebbe a priori che anche l'imprenditore collettivo esercente professioni intellettuali possa accedere allo stesso privilegio riconosciuto alla persona fisica. Si tratta allora di capire se esista un sentiero di organizzazione lungo il quale l'attività libero professionale svolta dalla società consenta l'estensione a quest'ultima del regime privilegiato tuttora vigente a favore del professionista individuale. In sostanza, “non si può escludere *a priori* che la STP per come è concretamente organizzata possa qualificarsi *impresa* a tutti gli effetti e *impresa commerciale*” (così Marasà, 2012); e allora, da un lato, preso atto della persistenza del “privilegio”¹⁹ accordato al professionista individuale, è necessario chiedersi se l'adozione dello schema societario ne comporti *tout court* la permanenza, se ne consacrì la perdita, o se sia al riguardo “neutra”. D'altro canto, dinanzi alla nettissima affermazione di principio contenuta nel già richiamato art. 5 della legge di riforma dell'ordinamento forense, ci si trova di fronte a un bivio. O ammettiamo che i servizi legali (quanto meno, quelli riservati) hanno natura intrinsecamente diversa da tutti gli altri servizi professionali (ma su quali basi?), oppure registriamo una totale divergenza di disciplina su materie omogenee, con un conseguente, pesantissimo dubbio di incostituzionalità. Fin tanto che la divaricazione di regimi si fondi sul concreto assetto organizzativo assunto dalla società tra avvocati, e quindi si muova sul piano della disciplina, può apparire coerente con il sentiero qui delineato, a prescindere dal giudizio di opportunità; ma quando sale al livello della fattispecie, il banco salta.

2. Natura imprenditoriale dei servizi professionali e art. 2232.

Dirò subito che condivido l'idea della natura omogenea all'impresa dei servizi professionali; l'*output* del ciclo produttivo è, a tutti gli effetti, un servizio²⁰. Non solo. Il professionista,

¹⁹ Ammesso che tale si possa ancora definire la sottrazione alle ordinarie procedure concorsuali.

²⁰ E v. P. SPADA, in *Riv. Not.*, 1997, secondo cui “una contrapposizione tra professione intellettuale e impresa non è mai possibile sul versante del risultato produttivo – essendo la separazione dei servizi intellettuali dai servizi

esattamente come l'imprenditore, persegue una finalità lucrativa, e non semplicemente si organizza con metodo economico, non mira soltanto a coprire i costi con i ricavi della professione.

Le pur suggestive immagini di chi invita a rammentare che il professionista “confronta un sapere con un problema” (Irti) non mi convincono, perché attengono al modo in cui il prodotto si forma, non a come il fornitore di quel prodotto sta sul mercato. Anche l'artigiano, molto spesso, pone il proprio patrimonio di conoscenze tecniche a servizio di una precisa richiesta del cliente, fornendo un bene *tailored*; anzi, in concreto l'insostituibilità del titolare dell'impresa artigiana talvolta è più marcata di quella del libero professionista, ma non per questo se ne nega la qualità imprenditoriale.

Al di là della mia convinzione personale, va poi ricordato che l'origine dell'intervento in tema di società professionali è interamente riconducibile all'intento liberalizzatore cui il nostro Paese, piuttosto sordo al riguardo – in particolare con riferimento alle professioni ordinistiche – è stato vigorosamente richiamato dalle istituzioni comunitarie e cui più volte ha fatto a sua volta rimando l'AGCM²¹. Gli assunti da cui muove siffatta impostazione sono così rapidamente riassumibili:

- a) le attività libero-professionali, in quanto dotate di contenuto economico, sono integralmente soggette alla disciplina nazionale e comunitaria in materia di concorrenza²²;
- b) le logiche che dominano l'erogazione dei servizi professionali sono le stesse che governano l'attività d'impresa.

materiali non fondata razionalmente; e non è sempre possibile neppure sul piano delle modalità della produzione (organizzazione e, men che mai, economicità)”.

²¹ V. in partic. la segnalazione contenuta nella delib. AGCM 20 aprile 2005, che reca un deciso richiamo al legislatore “sulla necessità di svincolare l'esercizio in forma societaria delle professioni regolamentate dai principi della personalità della prestazione professionale e della responsabilità diretta e individuale del professionista, oggi consentito in parte alle sole società di ingegneria”, in quanto “la creazione di società di professionisti che rispettino tali criteri finisce per sottrarre le attività professionali riservate alle modalità di organizzazione e di offerta tipiche dell'attività economica”; e v. anche la Relazione commissione europea sulla concorrenza nei servizi professionali 9 febbraio 2004. Si cfr. inoltre il parere sul d.d.l. 5092 di delega al Governo per la riforma delle professioni intellettuali: AGCM scrive che sarebbe opportuno consentire anche la creazione di “società multi professionali, nonché di società costituite tra professionisti iscritti ad albi, elenchi o registri e professionisti non iscritti, in modo da condurre alla creazione di strutture in grado di offrire un'ampia gamma di servizi professionali, svolti da professionisti protetti e non, ognuno in base alle proprie competenze e abilitazioni professionali, più coerente con le esigenze della domanda e più idonea a rispondere alle sfide di mercato che i professionisti italiani sono chiamati ad affrontare”; e v. infine le numerose sentenze della CGE in cui la professione forense è stata equiparata all'attività d'impresa (18 giugno 1998, causa C-36/96, Commissione/Repubblica Italiana; 16 giugno 1987, causa 118/85, Commissione/Italia).

²² Cfr. ad es. TAR Lazio, 20 gennaio 2000, n. 466, secondo cui le professioni intellettuali sono considerate “imprese ai fini specifici della tutela della libera concorrenza”, in *Giur. Comm.*, 2000, II, p. 640, con nota di A. ARGENTATI, *Le professioni intellettuali tra regolamentazione pubblicistica e disciplina della concorrenza*, *ibidem*, p. 649. Si veda, ancora, il parere Cons. Stato 5 luglio 2012, n. 3127 che, nel fare riferimento alla relazione ministeriale di trasmissione della bozza di regolamento, ribadisce che il *focus* dell'intervento di disciplina è sulla “massima espansione del principio di concorrenza”, tenuto conto che “le professioni, sia a livello comunitario che internazionale, sono considerate attività economiche e produttrici di ricchezza, rispetto alle quali si pongono le esigenze generali di unificazione dei mercati e di abbattimento delle barriere protettive, fraposte dalle legislazioni nazionali alla piena integrazione dell'ordinamento economico. La nuova dimensione sovrastatale dei bacini di offerta delle prestazioni professionali e della corrispondente domanda dell'utenza presuppone, quindi, la creazione di strutture organizzative di maggiore ampiezza e dotate di mezzi personali e materiali di cui difficilmente il professionista individuale può disporre”. Peraltro, il parere suddetto appare non completamente a fuoco, nella misura in cui sembra considerare completamente assimilabili i concetti di attività economica ed impresa, quando invece è noto che, se per lo più si ammette che l'attività del professionista intellettuale sia dotata di contenuto economico, e produca nuova ricchezza, residuano autorevoli e argomentate opinioni che resistono ad una compiuta assimilazione; v. ad esempio la nota definizione di Irti, già richiamata *ante* nel testo, secondo cui il professionista intellettuale confronta “un sapere con un problema” (in *Italia Oggi*, *non vidi*, cito da Montagnani).

Perciò la STP può assumere quale oggetto sociale l'esercizio di attività professionale e, in linea con il principio di libertà di iniziativa economica, rafforzato dall'art. 3 d.l. n. 138/2011, non è tenuta a perseguirlo come oggetto esclusivo (conf. Ibba, Marasà 2012).

Peraltro, ritengo che dalla natura imprenditoriale dell'attività professionale non debba necessariamente discendere la disapplicazione degli artt. 2232 e ss., dovuta alla affermata impraticabilità dello schema negoziale del contratto d'opera intellettuale. E' noto che pesanti profili di complessità nascono dalla dichiarata e in via di principio ineludibile²³ infungibilità reciproca dei soci nella esecuzione delle prestazioni, laddove l'oggetto sociale resti confinato alla mera erogazione di servizi professionali, che – quando prestati secondo lo schema negoziale del 2232 c.c. – sarebbero per definizione individuali²⁴; ma vi sono anche altri elementi da considerare.

E' stato correttamente notato che il limite posto dall'art. 2232 c.c. attiene “al momento dell'esecuzione dell'opera, ma non al momento gestionale dell'organizzazione dell'attività necessaria alla prestazione; [...] tutti gli altri aspetti, che vanno dall'assunzione dell'incarico, alle modalità di contrattazione dello stesso” potranno essere ricondotti “ad un soggetto diverso dall'esecutore ed essere financo assunte, appunto, da una struttura societaria alla quale il professionista appartenga”. (Testa, 2010).

In primo luogo, ribaltando la prospettiva, vi è da chiedersi se l'affermata legittimità dell'adozione dello schema societario non comporti anche l'automatica legittimità di quell'ausilio e/o sostituzione per i quali l'art. 2232 richiede che la collaborazione altrui sia “consentita dal contratto o dagli usi”, dal momento che stipulare un contratto per la prestazione di servizi intellettuali con una società, cioè con un ente collettivo che ha come causa la collaborazione produttiva tra i soci, potrebbe significare *in re ipsa* accettare che lo svolgimento dell'incarico passi attraverso tale collaborazione: la società, in quanto ipostasi, deve necessariamente avvalersi di professionisti persone fisiche per lo svolgimento della prestazione.

L'idea non mi pare pienamente praticabile, dato che sul punto la disciplina è contemplata in uno dei pochi passaggi chiari dell'art. 10. Si legge al co.4, lett. c) che “la designazione del *socio professionista*” deve essere “compiuta dall'utente e, in mancanza di tale designazione, *il nominativo*” deve “essere previamente comunicato per iscritto all'utente” (corsivi miei): al di là del senso e del rilievo interpretativo da attribuire all'uso puntuale del singolare²⁵, la norma indica la precisa volontà di imporre alla società l'attribuzione del compito di eseguire l'incarico ad uno specifico professionista-persona fisica, ferma restando l'ovvia e generale possibilità di avvalersi di sostituti e ausiliari nei limiti dell'art. 2232 c.c.; sicché emerge limpida l'intenzione di salvaguardare il principio della personalità della prestazione, limitandolo però (come è del resto nel testo e nello spirito dell'art.2232) alla sola fase esecutiva dell'incarico.

Dunque, nella visione del legislatore l'attribuzione dell'incarico alla società non può legittimare *ex se* la fungibilità reciproca dei soci professionisti nella sua esecuzione; non solo: il potere decisionale della società, incardinato negli organi gestori, di scegliere il professionista da designare per l'esecuzione dell'incarico viene notevolmente ridimensionato dal diritto di designazione attribuito

²³ O meglio, superabile solo nello stesso identico modo in cui ciò è possibile per il professionista *uti individuo*, ossia nel rispetto del disposto dell'art. 2332, a mente del quale il prestatore d'opera può “valersi, sotto la propria direzione e responsabilità, di sostituti e ausiliari, se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione”.

²⁴ Vedi però *infra* le considerazioni svolte alla nota successiva.

²⁵ Peraltro, la norma non mi sembra incompatibile con l'attribuzione di un incarico congiunto a più professionisti, soprattutto quando la prestazione richiesta sia di carattere interprofessionale, come pure mi pare consentito dal comma 8 dell'art. 10.

all'utente. La dimensione fiduciaria individuale del rapporto cliente/professionista incaricato, dunque, sembrerebbe vincere sul potere di organizzazione dell'imprenditore, che può subire un pesante vincolo.

Resterebbe a questo punto da chiarire quale senso abbia l'espressa attribuzione alla società della qualità di professionista; e probabilmente la risposta va ricercata nella peculiare *sedes materiae* in cui tale affermazione interviene: il comma 7 dell'art. 10, dedicato ai profili deontologici, a mente del quale "la società è soggetta al regime disciplinare dell'ordine al quale risulta iscritta"²⁶. Si tratta, in sostanza, di un *escamotage* voluto dal legislatore per estendere i doveri propri della deontologia professionale non solo alla fase esecutiva dell'incarico, ma anche a quell'attività organizzativa e gestionale di cui si diceva poc'anzi.

La società tra professionisti, dunque, è imprenditore nel momento in cui compie le scelte relative alla predisposizione dell'organizzazione produttiva, dei beni strumentali all'esercizio dell'attività professionale (si pensi alle infrastrutture di rete, al sistema informativo interno, alla biblioteca, al software professionale); ma è imprenditore condizionato nelle sue scelte dalla necessità di rispettare i doveri che derivano dalle regole deontologiche.

Tuttavia l'omogeneità con l'impresa non viene inficiata dal rilievo per cui la società/professionista deve tenere in debito conto i limiti esterni al perseguimento del fine lucrativo che derivano dalle regole deontologiche, che assumono un ruolo sovraordinato e preminente nell'indirizzo delle sue scelte economiche, posto che altrettanto è a dirsi per l'imprenditore. Per intenderci: come per l'imprenditore l'obiettivo di minimizzare i costi deve fare i conti non solo con il doveroso rispetto degli standards legali di sicurezza, o del diritto dei lavoratori alle ferie, al congedo parentale e così via, ma anche con le regole imposte dai disciplinari di produzione dettati dall'adesione a consorzi di qualità, o con gli *standards* di procedimento necessari per ottenere certificazioni (*ISO et similia*), così per il professionista la scelta di compiere investimenti in aggiornamento (acquisti di libri e riviste, partecipazioni a convegni) si compie su un sentiero delimitato, da un lato, dalle esigenze economiche di equilibrio del suo bilancio e dall'altro dai vincoli derivanti dai doveri professionali di diligenza, adeguatezza, competenza, che gli impongono di non dequalificare la propria abilità professionale.

Ulteriormente, occorre chiarire che l'aspetto di concreta rilevanza giuridica della designazione del professionista persona fisica non va colto nella prospettiva della certezza di esecuzione personalissima, ché anzi da un lato l'art. 2232 consente, con l'accordo delle parti, la sostituzione e l'ausilio, e dall'altro lato il dovere di competenza impone al professionista di chiedere supporto ad altri, o addirittura di rinunciare all'incarico, quando non disponga in tutto o in parte delle conoscenze e abilità necessarie a risolvere il problema sottoposto alla sua attenzione. Allo stesso modo, se il professionista ha un numero di incarichi da eseguire eccessivo rispetto alla sua disponibilità di tempo, la designazione del cliente non può vincolarlo ad eseguirlo. *Quid iuris*, allora, dell'incarico conferito alla società?

E' stato sostenuto (Tassinari, 2008; Testa, 2010) che nel momento in cui resta riservata al singolo socio professionista/persona fisica "la valutazione della effettiva fattibilità dell'incarico ricevuto sotto l'aspetto tecnico e di conformità alle norme che quell'incarico disciplinano", potrà darsi anche "un giudizio negativo con consequenziale venuta meno della vincolatività rispetto all'impegno

²⁶ Tralascio i commenti sul pessimo italiano della frase e sulle acrobazie interpretative necessarie per ricavare da tale confuso dettato il principio dell'obbligatorietà dell'iscrizione, su cui rinvio *in toto* a C. Ibba, *Liberalizzazioni, efficienza del sistema economico e qualità della produzione legislativa*, Intervento svolto a Roma il 6 luglio 2012 all'incontro di presentazione del IV Convegno annuale di ODC.

assunto dalla società nei confronti del terzo committente”. L’opinione non mi convince appieno. Tralasciando la prospettiva dell’appalto di servizi, e rimanendo nei confini della prestazione d’opera intellettuale, nel momento in cui la società è essa stessa professionista soggetto alle regole deontologiche può scegliere: a) di assumere l’incarico, se dispone al suo interno di professionalità adeguate alla sua esecuzione, dotate di disponibilità di tempo sufficiente, prive di conflitti di interessi ovvero b) a rifiutare l’incarico. Di fronte alla designazione da parte del cliente di un professionista che si astenga per ragioni di competenza (ma forse il discorso si può ampliare anche a qualsiasi altra causa di astensione), l’incarico conferito alla società dovrebbe a mio avviso rimanere valido ed efficace, a meno che nel contratto non sia espressamente indicato come causa di risoluzione il rifiuto da parte di quello specifico socio professionista designato dal cliente; e dunque la società tornerebbe in via di principio a poter esercitare in pieno il potere imprenditoriale di organizzazione, designando un nuovo socio/professionista responsabile dell’esecuzione (ovvero chiedendo al cliente di procedere ad una nuova designazione). Ovviamente, un esercizio consapevole di tale potere presuppone che gli amministratori siano in grado di (e obbligati a) valutare competenze, disponibilità e situazioni soggettive di conflitto di interessi di ciascuno dei soci/professionisti appartenenti alla compagine sociale; dunque, l’imposizione delle regole deontologiche a livello di società garantisce, in teoria, un doppio filtro che aumenterebbe, anziché ridurre, le garanzie²⁷.

Vi è poi un ulteriore aspetto da considerare. Al di là dell’ovvia opportunità di consentire al cliente di affidarsi al socio/professionista in cui ha fiducia, come regola di *marketing* che giustifica sociologicamente ed economicamente il potere riconosciuto dall’art. 10 co. 4 lett. c), è stato da tempo rilevato come il principio risponda, su un piano più squisitamente civilistico, alla necessità di individuare con certezza i soggetti responsabili.

Il punto non è, allora, come venga assolto l’incarico, ma come vengano rese riconoscibili le responsabilità dei professionisti, selezionando tra i soci non tanto quelli concretamente impegnati nella prestazione, quanto quelli che della qualità del prodotto di tale attività (*output*) risultano responsabili. Ed è su questo fronte che, come repentinamente segnalato da numerosi Autori, la disciplina in commento sollecita maggiori preoccupazioni, dal momento che nell’art. 10 viene omessa qualunque considerazione del profilo dell’imputazione di responsabilità per l’inadempimento all’incarico professionale, del rapporto tra la responsabilità della società/professionista incaricata e quella del socio/professionista esecutore.

Con riferimento ai servizi legali riservati, ribadisco la convinzione espressa in merito alla natura imprenditoriale dell’attività. Quanto poi alla normativa “speciale” in tema di società tra avvocati, fatta espressamente salva sia dall’art. 10 co. 9, sia dalla successiva norma di delega in tema di esercizio della professione forense in forma societaria contenuta nella recentissima riforma forense (art. 5, co. 2, lett. n)²⁸, ritengo inopportuno allo stato, se non altro in considerazione delle circostanze in cui la riforma è stata approvata, anche solo tentare di trarre conclusioni di portata generale in punto di fattispecie a partire dai principi e criteri direttivi dettati dal Parlamento. Non credo che le peculiari caratteristiche delle attività riservate agli avvocati, né la “copertura

²⁷ In questa prospettiva si veda l’art.12, co. 2 della Bozza di regolamento, in cui si dispone che “se la violazione deontologica commessa dal singolo socio professionista è ricollegabile a direttive impartite dalla società, la responsabilità disciplinare del socio concorre con quella della società”.

²⁸ “Principi e criteri direttivi: [...] n) prevedere che alla società tra avvocati si applichino, in quanto compatibili, le disposizioni sull’esercizio della professione di avvocato in forma societaria di cui al decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96.

costituzionale” evocata dall’art. 5 comma 1 della riforma forense (“rilevanza costituzionale del diritto di difesa”), giustifichino una simile divaricazione²⁹, sicché è facile profetizzare due eventi, entrambi poco lusinghieri per il nostro legislatore d’emergenza: l’ennesimo richiamo all’ordine da parte delle istituzioni comunitarie e dell’AGCM, questa volta limitato alla materia della professione forense, e la proposizione di un giudizio di costituzionalità per violazione dell’art. 3 Cost.

Peraltro, i principi e i criteri direttivi contemplati dalla riforma forense in punto di disciplina possono per molti versi, e per i profili sovrapponibili alla disciplina dell’art. 10 l. n. 183/2011, offrire qualche utile elemento di riflessione, pur senza assurgere ad un ruolo di strumento di “interpretazione autentica” della suddetta disposizione; se non altro perché intervengono a dettare regole che indirettamente rispondono ad alcune delle più rilevanti obiezioni sollevate dai primi commentatori rispetto a profili oscuri o imprecisi della disciplina della STP. Così, ad esempio, come meglio si dirà *infra*, in tema di nome della società (lett.c); di imputazione dell’incarico professionale (lett. e); di rapporto tra regime della responsabilità patrimoniale dei soci e della società e responsabilità del professionista che ha dato esecuzione alla prestazione (lett. f).

In questa prospettiva, il ritardo nella divulgazione e pubblicazione del testo del regolamento interministeriale attuativo dell’art. 10 l. n. 183/2011 (che sarebbe alla firma dei Ministri competenti sin dal mese di ottobre, dopo la revisione in risposta alle puntuali critiche del Consiglio di Stato) si presta ad una doppia lettura. Da un lato, emerge il sospetto³⁰ che tale rinvio sia legato proprio all’improvvisa virata (“indietro tutta”) impressa al sistema dal colpo di mano di fine legislatura che ha condotto all’approvazione della riforma dell’ordinamento forense, e che quindi si voglia impedire o, quanto meno, rinviare l’applicazione pratica della disciplina sulle STP nei settori diversi dai servizi legali, mirando ad una complessiva revisione restrittiva delle norme; dall’altro, si può pensare ad una opportuna pausa di riflessione, con l’intento di evitare l’ennesimo cortocircuito di sistema in un panorama normativo già costellato di una serie impressionante di leggi e regimi speciali, quanto a forme organizzative, tipi sociali adottabili, modelli di imputazione di responsabilità (dalle società di engineering, a quelle di revisione, a quelle multiprofessionali di cui al decreto Bersani 2, a quelle tra avvocati di cui al d.lgs. 96/2001).

3. Contratto di società, esercizio in comune dell’attività economica, esercizio congiunto dell’attività professionale

Rendendo accessibile lo strumento societario per l’esercizio delle attività professionali, il legislatore mostra di presupporre che non vi siano ostacoli legati agli elementi essenziali del contratto di società: non ostacoli che discendano dall’elemento del conferimento, e dunque della conseguente creazione di un patrimonio destinato ad uno scopo comune; non ostacoli derivanti dall’elemento dell’esercizio in comune dell’attività economica; non ostacoli derivanti dall’elemento dello scopo di lucro.

²⁹ Coperture costituzionali analoghe si possono rinvenire per pressoché tutte le professioni protette.

³⁰ Avanzato da numerosi esponenti di altre professioni protette: cfr. ad es. l’articolo di B. PACELLI, *STP, il regolamento è pronto*, pubblicato su Italia Oggi dell’11 ottobre 2012, p. 28, in cui si afferma che “ il testo sulle Stp (legge 183/11 e poi legge 27/12), seppur formalmente ultimato, per ora giace nei cassetti dei piani alti di Via Arenula in attesa di riprendere il consueto iter: Corte dei conti e poi Gazzetta Ufficiale. Una scelta di natura più politica visto che non ci sono ostacoli di natura tecnica giacché le modifiche al Regolamento dopo i rilievi (tutti condivisi e accolti dal ministero) del Consiglio di stato, sono state ormai decise”.

Quest'ultimo punto costituisce a mio avviso un dato ormai pacifico, anche per chi nega la qualità imprenditoriale e la vocazione lucrativa dell'attività professionale³¹. Il primo e il secondo paiono al contrario meritare una attenta ricognizione; in particolare, il concetto dell'esercizio in comune dell'attività economica sollecita una serie di riflessioni, connesse alla natura (anche) professionale dell'oggetto sociale della STP.

L'esercizio in comune dell'attività economica rappresenta *proprium* della società rispetto alla modalità organizzativa del c.d. "studio associato". Il profilo dell'autonomia patrimoniale è un tratto distintivo ineludibile della società, che deve restare anche nella STP e che vale a differenziarla dallo studio associato, in cui non deve necessariamente sussistere autonomia patrimoniale; l'organizzazione di mezzi in comune, strumentale all'esercizio dell'attività economica, presuppone una condivisione che nello studio associato è, da un lato, puramente eventuale e dall'altro, e di conseguenza, lasciata alle libere determinazioni dell'autonomia contrattuale³².

Per un verso, è intuitivo come si debba tenere nettamente distinto il profilo dell'esercizio in comune dell'attività economica dall'esercizio congiunto della professione. Il senso della locuzione "esercizio in comune dell'attività economica" si coglie in una triplice direzione:

- a) è la stessa attività ad essere svolta attraverso il necessario atto di destinazione dei beni e servizi all'esercizio in comune, che genera l'organizzazione produttiva comune, a prescindere dalla circostanza che poi in concreto si realizzi un coinvolgimento dei soci nel ciclo produttivo;
- b) i soci condividono il rischio economico dello svolgimento dell'attività che forma oggetto della società; rischio che si scarica in primis sul patrimonio sociale e poi eventualmente su quelli dei singoli soci, secondo il regime di responsabilità proprio del tipo, e che consiste – come in tutte le società – nell'eventualità che i costi dell'attività non vengano coperti dai ricavi;
- c) l'eventuale risultato positivo dell'attività economica (lucro oggettivo) è imputato al gruppo, per poi venire ripartito tra i soci³³.

Tanto la condivisione del rischio economico, quanto la conseguente imputazione del risultato dell'attività possono ben prescindere dall'entità dell'apporto di ciascun socio allo svolgimento degli incarichi professionali, in quanto la partecipazione agli utili o alle perdite è terreno lasciato alla

³¹ In tema, *ça va sans dir*, ormai gli studi sulla conclamata neutralità causale dello schema societario consentono di bypassare in cavalleria le lamentazioni scandalizzate e forse un po' ipocrite di chi pretende che connettere le professioni intellettuali alle dinamiche del mercato o agli schemi organizzativi ordinariamente propri dell'impresa significhi necessariamente la perdita dell'innegabile funzione socio-culturale delle professioni protette.

Ancor prima dell'emanazione del codice del 1942, il Tribunale di Torino si permetteva di affermare "Troppo alto è il concetto che il Tribunale di Torino ha delle funzioni di avvocato per poter autorizzare una società anonima, che per necessità stessa della sua natura di speculazione commerciale avrebbe per scopo principale di aumentare i proventi delle società, fomentando e facendo sorgere liti, trafficando nelle cause civili e penali perché ne venisse un qualunque guadagno da dividere fra azionisti". Ma quand'anche si volesse affermare, estremizzando, che il libero professionista non persegue un fine di lucro, l'esperienza legislativa italiana già conosce fattispecie di società anche azionarie che svolgono attività d'impresa potendo non perseguire un fine di lucro (società di gestione dei mercati regolamentati: art. 61 (?) TUIF), e ciò priva definitivamente di rilevanza la questione. Nel testo, come detto, si assume la qualità imprenditoriale e lo scopo lucrativo dell'attività svolta dal professionista intellettuale.

³² La contraria opinione espressa dalla giurisprudenza di Cassazione in Cass. 23 maggio 1997, n. 4628, in *Società*, 1997, 1144 è stata fortemente criticata da Marasà in quanto "l'effetto dell'autonomia patrimoniale richiederebbe sempre un'espressa previsione legislativa che, nel caso degli studi professionali, non c'è".

³³ Ma si vedano gli aspetti problematici legati alla qualificazione dei redditi prodotti dalla società tra professionisti da parte del legislatore fiscale; cfr. poi la lett. l) dell'art. 5 co. 2 rif. Forense, che espressamente impone al legislatore delegato di "qualificare i redditi prodotti dalla società tra avvocati quali redditi di lavoro autonomo", che direttamente discende dalla negazione tanto della qualità imprenditoriale della STP quanto della natura imprenditoriale dell'attività svolta.

piena autonomia statutaria in tutti i tipi di società, con il solo vincolo del divieto di patto leonino e della parità di trattamento tra azioni della stessa categoria. Al di fuori di tali vincoli, non esistono regole imperative che impongano modalità o tetti di remunerazione a favore del singolo professionista che abbia in concreto eseguito l'incarico professionale. L'adeguatezza del compenso rispetto "all'importanza dell'opera e al decoro della professione" va garantita alla società che assume l'incarico, non al singolo socio che vi dà esecuzione.

Nelle ordinarie società che svolgono attività d'impresa, l'impiego dei soci nello svolgimento delle operazioni in cui si sostanzia il perseguimento dell'oggetto sociale è un dato eventuale, addirittura normalmente estraneo alla prassi delle società di grandi dimensioni, in cui al più i soci di controllo si ritagliano ruoli di rilievo nella gestione, ma difficilmente prendono parte diretta al ciclo produttivo. Sebbene ciascuno abbia, come è ovvio, i propri compiti e talenti, le modalità attraverso le quali ogni socio contribuisce all'esercizio in comune dell'attività riguardano i soci soltanto, e non i terzi, e quindi non assumono di regola rilievo esterno, a meno di circostanze particolari che ne consiglino la volontaria emersione (buon nome del socio, pregressa fidelizzazione del cliente a titolo personale e così via). E tuttavia, il fenomeno della diretta partecipazione dei soci al processo produttivo non è completamente estraneo alla prassi societaria³⁴. Simile modello organizzativo è comune nella società semplice, ad oggetto agricolo, nella quale non a caso i singoli soci, a loro volta spesso anche imprenditori agricoli individuali, possono con il consenso degli altri usare in proprio i beni sociali (tipicamente, macchinari agricoli); è normativamente previsto nelle società artigiane, che devono vedere direttamente coinvolta la maggioranza dei soci nell'attività d'impresa³⁵.

Nella STP il rapporto tra persona del socio, partecipazione allo svolgimento del ciclo produttivo ed esercizio in comune dell'attività è invertito rispetto alle ordinarie società d'esercizio d'impresa, nelle quali il diretto coinvolgimento produttivo e l'infungibilità reciproca dei soci nella partecipazione al processo produttivo è eccezione e non regola. Nelle ordinarie società, il dovere del socio si sostanzia nell'esecuzione del conferimento promesso, al più dovendosi ammettere un generico dovere di collaborazione per la corretta esecuzione del contratto; anche il socio d'opera assume un ruolo strumentale alla corretta attuazione dell'oggetto sociale accettando l'impegno, ora per tutta la durata della sua partecipazione in società, a prestare un'opera o un servizio che hanno carattere strumentale all'oggetto sociale. Qui, le cose cambiano. Da un lato, la natura dell'attività del socio coincide con quella dell'attività della società (prestazione di servizi professionali), ne rappresenta, per così dire, frazione molecolare; d'altro canto, di fronte alla decisione (sociale) di assumere l'incarico, non può stare il dovere assoluto del socio di eseguire quella specifica prestazione, in quanto un impegno *a priori* può entrare in conflitto con doveri deontologici; donde, da un lato, l'utilità di prevedere l'estensione delle regole deontologiche alla società in sé, oltre che ai soci professionisti (come in effetti è stato fatto); e dall'altro la tendenziale problematicità del conferimento d'opera.

La decisione su quanti e quali incarichi professionali debba assumere la società è inerente all'esercizio in comune dell'attività economica, ne rappresenta momento cruciale; rispetto a tale potere decisionale, l'adempimento dell'impegno assunto dal socio a prestare la propria opera potrebbe diventare in fatto impossibile.

³⁴ Le argomentazioni qui svolte prescindono, per il momento, dalla connessione tra partecipazione al ciclo produttivo e conferimento d'opera; e del resto i due fenomeni non debbono necessariamente coincidere, anzi, in almeno un caso (la s.p.a.) sono incompatibili, data l'inammissibilità di conferimenti d'opera e servizi.

³⁵ E che non a caso non possono accedere al tipo capitalistico per eccellenza, la s.p.a., utilizzabile invece per la costituzione di STP.

Vi è dunque un complesso intreccio, tutto da chiarire, tra esercizio in comune dell'attività economica, quale essenza dell'*affectio societatis*, che include anche la definizione del perimetro operativo, del *quantum*, *quando* e *quomodo* dell'attività professionale, ed esecuzione dell'incarico professionale; intreccio in cui può ulteriormente interferire l'assunzione da parte del socio di obblighi di conferimento o di prestazioni accessorie³⁶ aventi ad oggetto la sua attività professionale. Tutto sommato, l'idea che il socio professionista partecipi come socio d'opera (nei tipi dove ciò è consentito) è meno tranquillizzante di quella di una società che veda apporti di capitale, tanto dei soci professionisti quanto dei soci non professionisti, accompagnati da un impegno non tanto a specifiche prestazioni accessorie, perché anche questa modalità sarebbe incompatibile con i limiti deontologici, quanto piuttosto a collaborare per l'attuazione dell'oggetto sociale.

La mancata collaborazione andrebbe perciò apprezzata in termini di violazione degli obblighi posti in capo al socio dal contratto sociale e rilevarebbe quale causa di esclusione. Ciò ovviamente pone il problema di come configurare la sanzione per l'inadempimento nella s.p.a.; si potrebbe forse prospettare l'applicazione analogica dell'art. 2345 co. 2, che con formula quanto mai ampia demanda all'atto costitutivo la previsione di "particolari sanzioni per il caso di inadempimento".

Il profilo più francamente problematico appare legato alla possibilità – espressamente ammessa dall'art. 10 co. 4 lett. b) – di coinvolgere nella compagine sociale "soggetti non professionisti", sia pure soltanto per "prestazioni tecniche, o per finalità di investimento". E' in particolare rispetto a costoro che occorre interrogarsi, per chiarire come essi partecipino all'"esercizio in comune dell'attività economica" e come la loro presenza incida sull'ampiezza e il contenuto dell'oggetto sociale, dello scopo-mezzo assunto programmaticamente dalla società. Il tema assume accenti particolarmente complessi quando i soggetti non professionisti assumano cariche gestorie, in quanto emergono in tali circostanze profili di rilevanza di potenziali conflitti di interessi; e non è stato affatto affrontato dal legislatore, che – nella correzione alla disciplina introdotta per mano della l. n. 27/2012 – ha preso in esame i soli profili di *governance* connessi alle decisioni sociali, trascurando del tutto il profilo della titolarità dei poteri gestori.

4. STP e modelli societari

La scelta di non escludere alcun tipo dal ventaglio di possibilità organizzative consentite alla STP³⁷ chiama l'interprete ad una serie altrettanto stimolante di riflessioni. Obiezioni severe e fondate sono

³⁶ E per una critica alla diffusa convinzione secondo cui le prestazioni accessorie costituirebbero nella s.p.a. strumento per consentire alla società di godere di utilità economiche che non possono costituire oggetto di conferimento v. G. BERTOLOTTI, *Società con prestazioni accessorie*, Milano, 2008; *ivi* anche il condivisibile rilievo della concreta possibilità che il conferimento assuma in realtà funzione e ruolo propriamente marginali e serventi rispetto alla prestazione detta "accessoria", e la conclusione – che può assumere rilevanza per il problema di cui ci stiamo occupando – per cui la qualificazione di accessorietà non va intesa nel senso comune di "non essenzialità", ma per indicare qualcosa che si aggiunge alla prestazione tipica, senza che ciò implichi alcun rapporto gerarchico in termini di importanza tra conferimento e prestazione accessoria, in quanto quest'ultima può invece rivelarsi essenziale ed imprescindibile rispetto alle finalità di attuazione dell'oggetto sociale. E' intuitivo che la probabilità che ciò si verifichi è tanto maggiore, quanto più l'attuazione dell'oggetto sociale transiti attraverso la predisposizione e l'erogazione di prestazioni tendenzialmente infungibili quali sono, appunto, tipicamente le prestazioni libero-professionali. Alla luce di tali rilievi, e considerate le peculiarità in tema di oggetto sociale che caratterizzano la STP, probabilmente la possibilità di apportare come prestazione accessoria l'obbligo di prestare attività professionale nella società è fonte di gravi complicazioni.

³⁷ Anzi, il tipo che presentava requisiti di accesso più restrittivi, la cooperativa, viene piegato derogando alla norma in tema di numero minimo dei soci (ridotto a tre). G. MARASÀ, *Commento* alla legge 12 novembre 2011, n. 183, in *Società*, 2012, 398, nota in proposito che, a parte taluni elementi di specialità della fattispecie (lo

state mosse, in passato, rispetto all'uso dei modelli capitalistici (Montalenti); ma sulla base di argomenti che dopo la riforma societaria devono essere opportunamente rimeditati (si pensi alla nuova disciplina del recesso in spa e srl, alla riconfigurazione del perimetro di liceità delle clausole limitative della circolazione delle partecipazioni, alle nuove prospettive di riflessione in tema di prestazioni accessorie, all'apertura ai conferimenti d'opera e servizi nella s.r.l., agli strumenti finanziari partecipativi).

Di fronte ad una norma legittimante di portata amplissima, se non dirompente, quale è quella recata dall'art.10 dell'emendata legge di stabilità per il 2012, compito dell'interprete che voglia programmaticamente aderire all'argomento, per così dire, cosmologico, o del legislatore ordinato, è quello di tentare di comprendere la portata e l'impatto di questa disposizione senza partire dal preconconcetto – che pure velatamente aleggia in qualche primo commento “ordinatore”³⁸ – della insipienza del legislatore, ma anzi accogliendo, sia pure in via di mera ipotesi da sottoporre a serrata verifica, l'idea che la scelta sia, oltre che politicamente opportuna e finalisticamente orientata ad obiettivi legittimi, anche adeguata sotto il profilo della coerenza sistematica, nel senso che conduce a risultati compatibili con gli ordinamenti in cui si iscrive e con i fini propri degli istituti chiamati in causa.

Il rifiuto aprioristico dello schema organizzativo proprio della grande impresa capitalistica, nel timore (beninteso, fondato) di subire la conseguente applicazione dello statuto dell'impresa commerciale (in primis, l'assoggettamento alle procedure concorsuali³⁹), omette di fare i conti con il rischio (o meglio, la tangibile realtà) della colonizzazione del mercato da parte di società di professionisti stranieri stabiliti.

Sotto il secondo profilo, le novità apportate in gran parte (ma non solo) dalla riforma del 2003 alla *governance* delle società di capitali (per esemplificare: emissione di strumenti finanziari partecipativi per gli apporti d'opera non capitalizzati, responsabilità personale del socio di s.r.l. che abbia interferito nella gestione, conferimenti d'opera e servizi nella s.r.l., s.r.l. semplificata con capitale a un euro) aprono sterminate praterie di modelli organizzativi che potrebbero utilizzarsi per ottimizzare il rapporto tra obiettivi professionali e organizzazione para-imprenditoriale⁴⁰.

svolgimento dell'attività professionale da parte di almeno un socio professionista), la STP “deve essere regolata integralmente dalla disciplina del tipo concretamente utilizzato, senza che all'interprete sia affidata alcuna verifica in ordine alla compatibilità tra tale disciplina e la nuova fattispecie”.

³⁸ Il riferimento è, in particolare, al documento (citato *infra* nel testo) *Le società tra professionisti: esame della normativa e proposte di intervento*, elaborato all'indomani dell'approvazione della legge dal Comitato Unitario Permanente degli Ordini e Collegi Professionali.

³⁹ Ma v. ora la disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento, che espressamente annovera tra i soggetti destinatari della procedura i professionisti ed è in quanto tale applicabile anche alle società tra professionisti, come espressamente riconosce l'art. 5 della riforma forense.

⁴⁰ Si confronti poi il parere AGCM 1997 reso in esito all'indagine conoscitiva sui servizi professionali, in cui si afferma tra l'altro che “una compressione artificiale della varietà degli assetti organizzativi e dimensionali nell'erogazione dei servizi professionali significherebbe pertanto ostacolare la ricerca delle modalità più idonee a soddisfare le esigenze della domanda”; e ancora che “nel campo dei servizi giuridici, ad esempio, si riscontra una crescente espansione anche nel nostro paese di studi e società estere (principalmente anglosassoni) la cui espansione in altri paesi non è estranea alla solidità acquisita in mercati di origine caratterizzati da un quadro regolamentativo che favorisce lo sviluppo delle attività consentendo ai professionisti flessibilità organizzative e di mercato nel nostro paese sconosciute”; donde la conclusione che “non appaiono esservi ragioni per precludere l'esercizio della professione nella forma delle società di capitali, più idonee alla creazione di strutture di maggiori dimensioni”, invitando altresì ad emanare una disciplina organica della materia che consenta di salvaguardare le specificità delle professioni intellettuali protette.

E' stato scritto molto efficacemente che affinché le regole dell'organizzazione societaria siano compatibili con il carattere personale delle prestazioni intellettuali occorre che la disciplina dell'attività comune non legittimi una soggezione delle scelte professionali a interessi non professionistici; e che l'imputazione del rapporto alla persona giuridica (o in generale all'ente collettivo) non produca una deresponsabilizzazione del professionista.

Rifiutare il parallelismo con l'impresa, e soprattutto con la grande impresa capitalistica può apparire comprensibile se si guarda alla mitologia deteriorata della società lucrativa, in particolare azionaria, come pozzo senza fondo dominato dalle politiche dei dividendi a breve termine, o peggio ancora condizionato in modo deviante dalla predominanza degli interessi di gestori infedeli, di amministratori malati di *golden parachutes*; lo è molto meno se guardiamo agli strumenti con cui il diritto societario, e in particolare quello della società per azioni, è in grado di reagire a questi abusi: a parte il più o meno credibile ruolo dell'autodisciplina – che tra l'altro si indirizza tipicamente alle società quotate, e dunque torna poco utile rispetto alla STP, plausibilmente connotata da compagine sociale ristretta e stabile – ci sono le regole in tema di interessi degli amministratori e operazioni con parti correlate, le norme in tema di adeguatezza degli assetti organizzativi legate al sistema della normativa 231, e ci sono poi le sempre più serie prospettive dottrinali in tema di *corporate social responsibility*, che inducono a tenere in considerazione gli interessi esterni alla compagine sociale, degli altri *stakeholders*, come vincolo di sistema all'agire sociale, come regola deontica, che esprime un dover essere sottratto alle scelte economiche ed utilitaristiche.

Non è dunque la scelta in sé dell'apertura ai tipi capitalistici ad attirare le mie critiche; quanto piuttosto il modo, scarno e lacunoso, in cui tale apertura si attegga. Una norma di principio legittimante, accompagnata da “poche ma confuse” prescrizioni in ordine a clausole statutarie obbligatorie, significa una delega quasi in bianco all'autonomia statutaria, considerata – in continuità con l'impostazione della riforma societaria del 2003 – strumento taumaturgico di composizione dei conflitti. Certo, è vero, dosando sapientemente le regole di *governance* si può equilibrare o addirittura eliminare in radice il peso della componente gestoria espressione dei soci capitalisti, si può delimitare e chiarire l'oggetto sociale, si possono dotare i soci professionisti di più incisivi poteri di vigilanza, si può regolare il delicatissimo problema della circolazione della partecipazione del socio professionista. Ma questa scelta del legislatore scarica pressoché integralmente sui professionisti il peso, enorme, dell'individuazione dei modelli ottimali e dei livelli di garanzia irrinunciabili, e dunque li onera – ancor più degli imprenditori, che almeno possono far conto su regole societarie di *default* – dell'ingente costo consulenziale per la redazione degli statuti. E ancora. Chi controllerà che l'atto costitutivo contenga effettivamente queste regole? Quale la sanzione per il mancato adeguamento? Occorrerà affidarsi integralmente alla capacità del notaio? Oppure il vaglio dovrà avvenire (anche) in sede di accesso all'ordine professionale? Non mi pare che neppure la bozza di regolamento chiarisca al riguardo, e dunque urgono chiarimenti e integrazioni.

Peraltro, ragionando con sano realismo, occorre guardare alla fondamentale finalità dell'intervento, che dovrebbe essere quella di consentire un uso il più possibile ampio ed esteso del nuovo strumento organizzativo; è dunque evidente che occorre individuare soluzioni applicative il più possibile convincenti per gli “addetti ai lavori”, in modo da orientarli a considerare l'esercizio in forma societaria delle professioni ordinistiche come opportunità, piuttosto che come minaccia. Il ruolo dell'interprete deve essere, allora, in primo luogo quello di contribuire a sciogliere i nodi lasciati irrisolti dal legislatore che maggiormente suscitano le perplessità delle categorie professionali, suggerendo un uso sapiente dell'amplissima autonomia organizzativa consentita, ma

anche focalizzando con chiarezza le ricadute in termini di oneri e di disciplina applicabile alla forma prescelta.

E' per questo che le considerazioni che seguono intendono focalizzare alcune incongruenze tra la scarna disciplina predisposta dall'art. 10 l. n. 183/2011 e l'ampio ventaglio di modelli societari disponibili per la STP, e suggerire al contempo soluzioni nel quadro dell'ampia autonomia statutaria consentita.

PARTE SECONDA

[...]