

L'atto unilaterale ha, al pari del contratto, un **rilevato organizzativo**: esso cioè *pone le basi e regola l'organizzazione* deputata allo svolgimento dell'attività. In egual modo, al socio, nei confronti della società: esso costituisce anche la giustificazione causale del conferimento, che il fondatore deve eseguire nel momento stesso in cui l'atto si perfeziona (artt. 2342, co. 2, e 2464, co. 4).

Strutturalmente e funzionalmente, dunque, *atto unilaterale e contratto si identificano* e questo spiega come anche il primo sia potenzialmente aperto all'ingresso di nuovi soci: o per mezzo della cessione, dall'unico fondatore, di parte della sua quota, o attraverso l'adesione di altri investitori, che apportino nuovi conferimenti alla società. In questo modo, si genera un rapporto tra soci che prima non esisteva, ma che non contraddice in alcun modo la fonte unilaterale dell'ente, proprio perché quest'ultima non esaurisce il proprio significato nel produrre un effetto giuridico in capo al soggetto agente, ma continua ad esplicare il proprio valore, per tutta la durata della società, come atto fondativo e come legge fondamentale di questa.

II. L'esercizio dell'attività produttiva

1. Attività sociale e attività d'impresa. Le società per l'esercizio delle professioni intellettuali (ovvero tra professionisti)

La società è un organismo cui si dà vita per l'**esercizio di una attività economica** (art. 2247). Il settore all'interno del quale questa si esplica (ad es.: la produzione e la vendita di elettrodomestici, il servizio di trasporto aereo di merci, la gestione di impianti sciistici) è indicato nell'atto costitutivo e viene definito **oggetto sociale**.

Nella delineazione dei caratteri che l'iniziativa deve assumere, l'art. 2247 specifica dunque che deve trattarsi di una *attività*, e che questa deve avere *carattere economico, capacità*, cioè, *di generare nuovi valori economici*, attraverso la produzione di beni o servizi o l'intermediazione nella loro circolazione: deve insomma trattarsi di **attività produttiva**.

Sotto questo profilo, la nozione riecheggia chiaramente quella di imprenditore (art. 2082), sebbene non vi coincida pienamente, innanzitutto sotto il profilo delle *modalità di esercizio dell'attività*, mancando qualsiasi richiamo ai requisiti della *professionalità e dell'organizzazione*. Quest'ultimo elemento, per la verità, è svalutato nella stessa definizione di imprenditore e d'altra parte l'attività sociale è per definizione organizzata, perché non può mancare il coordinamento dei beni o servizi conferiti dai soci o acquisiti per mezzo di essi.

Vi possono essere invece società che esercitano una attività non professionale (*società occasionali*); l'ipotesi resta però confinata a realtà del tutto marginali (si fa tradizionalmente l'esempio dell'acquisto "in pianta", da parte di una pluralità di soggetti, di una partita di prodotti agricoli, per la loro successiva raccolta e rivendita al dettaglio).

Le società occasionali sono un esempio di **società senza impresa**. È però sotto il profilo dell'*oggetto dell'attività*, che si manifesta lo scostamento più significativo tra il fenomeno imprenditoriale e l'istituto societario. Come si è osservato, l'elemento connotante dell'attività sociale è rappresentato dalla sua essenziale produttività, cioè dal-

la creazione di nuovi valori economici; si tratta di un carattere certamente presente in ogni attività d'impresa, ma che non si esaurisce in essa: infatti, anche l'attività del professionista intellettuale è, in questo stesso senso, produttiva, ma, per legge, sottratta alla disciplina dell'impresa.

Ora, in ambito societario, non soltanto *non esiste alcuna disposizione corrispondente all'art. 2238, co. 1*, che sottragga alla disciplina delle società l'esercizio di una **professione intellettuale** da parte di una struttura organizzata, ma l'art. 10 l. 183/2011 *permette espressamente la costituzione di società* (di qualsiasi tipo) *per lo svolgimento di una simile professione*.

Questa norma chiude (ma non senza lasciare un fitto strascico di dubbi) una lunghissima stagione di cambiamenti normativi, rovesciando il principio codificato in una risalente disposizione (art. 2 l. 1815/1939), per la quale era "vietato costituire, esercitare o dirigere [...] società, istituti, uffici, agenzie od enti, i quali abbiano lo scopo di dare, anche gratuitamente, ai propri consociati od ai terzi, prestazioni di assistenza butaria". La giurisprudenza aveva sempre inferito da questa disposizione la nullità della costituzione di società per l'esercizio di professioni intellettuali e dei contratti d'opera dalle stesse stipulati, quand'anche la prestazione fosse stata in concreto eseguita da un professionista iscritto all'albo.

Sebbene l'art. 2 fosse stato abrogato già alla fine del secolo scorso (dalla l. 266/1997), la liceità dell'esercizio in forma sociale delle professioni intellettuali restava dubbia, non essendo stato mai emanato il previsto regolamento attuativo e non potendosi quindi determinare le condizioni alle quali le specificità delle prestazioni d'opera intellettuale e i particolari principi normativi che presidono allo svolgimento di queste attività si sarebbero potute conciliare con il loro inserimento in un contesto societario.

Deve infatti tenersi presente che esistono comunque nell'ordinamento:

- a) **vincoli di carattere pubblicistico**, che limitano la libertà individuale e costituzionale di iniziativa economica e di esercizio dell'arte e della scienza (v. art. 33, co. 5, Cost.): molte delle professioni intellettuali richiedono infatti il *conseguimento di un titolo abilitativo* (superamento di uno o più esami o vittoria di un concorso) e l'iscrizione in un apposito albo, senza i quali l'esercizio della professione è illecito e nullo è qualsiasi contratto stipulato dal soggetto non abilitato (art. 2231);
- b) **vincoli di carattere privatistico**, che incidono sul contenuto del contratto avente ad oggetto l'opera professionale (artt. 2222 ss.): lo schema tipico di questo pone invero, tra i principi cardine del rapporto, quello dell'*esecuzione della prestazione personalmente da parte del professionista* (che, al più, può avvalersi di sostituti o ausiliari sotto la propria direzione: art. 2232), in considerazione del carattere strettamente fiduciario che connota il rapporto stesso.

Anche dopo l'abrogazione dell'espresso divieto sancito dalla legge del 1939, restava dunque la necessità, in assenza di un'apposita norma autorizzatrice e regolatrice, di valutare se e come fosse possibile uno svolgimento non individuale della professione; se, in altre parole, il modello societario risultasse compatibile con i vincoli summenzionati e come fosse possibile conciliare il requisito dell'abilitazione con l'espletamento degli incarichi professionali da parte di un organismo, che per definizione non può superare una prova e conseguire un titolo, nonché come potesse venire

(831)

soddisfatta la regola dell'esecuzione personale della prestazione, quando l'inesistenza *in rerum natura* dell'ente non potrebbe che spersonalizzare ogni atto che giuridicamente gli viene imputato.

Il legislatore si era mosso negli anni successivi in ordine sparso e senza seguire alcuna logica unitaria, disciplinando il fenomeno solo con riguardo a specifici settori professionali ed in particolare introducendo nell'ordinamento la società tra avvocati (d.lgs. 96/2001), mentre già da tempo erano presenti le società di revisione legale (oggi disciplinate dal d.lgs. 39/2010). Questa tecnica di normazione settoriale lascia del tutto aperto il problema per le professioni non contemplate, anche a causa dell'eterogeneità delle scelte regolamentari adottate, che impediva di individuare tra di esse un minimo comune denominatore, capace di assurgere al rango di quadro disciplinare di portata generale.

La menzionata riforma del 2011 traccia per la prima volta un sistema uniforme ed organico che, per quanto affrettato e pieno di insidie, consente oggi di affermare la piena liceità dell'esercizio in forma societaria di qualsivoglia professione, alle condizioni enunciate nell'art. 10.

Il fenomeno dei rapporti tra professioni intellettuali e attività collettive è però assai più complesso di quanto il rapido *excursus* sin qui delineato lasci intendere.

Occorre in special modo precisare che il problema affrontato dal legislatore riguarda esclusivamente le c.d. professioni protette, per le quali è necessaria l'abilitazione (avvocato, notaio, architetto, ingegnere, ecc.), non invece le professioni non protette, il cui esercizio è libero (si pensi all'attività di esperto in indagini di mercato).

(a) L'erogazione di servizi non protetti è sempre stata ed è possibile da parte di qualunque società e prescinde dal rispetto dei requisiti fissati nell'art. 10 l. 183/2011, svolgendosi peraltro sotto forma di attività d'impresa, con la conseguenza dell'integrale applicazione del relativo statuto giuridico e, in particolare, dell'assoggettamento alle procedure concorsuali. Si tratta, dunque, di società imprenditrici. Rispetto a tali professioni, infatti, il problema del conseguimento del titolo da parte dell'ente neppure si pone. Ed anche quello della personalità della prestazione è superabile, dal momento che nulla vieta a chi eroga (anche a titolo individuale) servizi relativi a queste attività di accantonare il modello contrattuale della *locatio operis*, di cui agli artt. 2222 ss., per ricorrere invece al tipo del contratto di appalto (art. 1655), a cui quel principio rimane estraneo. Infatti, anche l'appalto può avere ad oggetto il compimento di un servizio a favore del committente e l'elemento distintivo rispetto al contratto d'opera non è rappresentato dalla natura della prestazione (che può essere identica nei due casi), bensì dalle modalità della sua esecuzione, che avviene, in questo secondo, prevalentemente con il lavoro proprio del prestatore (art. 2222) e, nel primo, ricorrendo ad un apparato organizzativo di fattori produttivi, non incentrato sul lavoro del suo titolare e di natura imprenditoriale. Quando dunque il servizio reso, pur a carattere intellettuale, per entità e complessità richieda oggettivamente l'utilizzazione di un simile apparato, o comunque quando il committente si sia pattiziamente affidato ad un soggetto che se ne avvale, il contratto andrà qualificato come appalto e non si porrà alcun problema di esecuzione personale e diretta della prestazione da parte del contraente. In definitiva, chi offre questo tipo di servizi intellettuali non riservati può scegliere di operare in qualità di professionista non imprenditore, se fonda l'offerta per lo più sul proprio lavoro, oppure di imprenditore, se vuole o se deve organizzare

una struttura aziendale apposita; e se è una società, secondo quest'ultimo schema essa opererà.

(b) Per quanto riguarda le società aventi per oggetto l'esercizio di una professione protetta, la soluzione accolta dal legislatore con il citato art. 10 l. 183/2011 passa attraverso una duplice previsione: (i) la società deve essere composta (anche se non esclusivamente) da soci abilitati; (ii) la prestazione deve essere eseguita da uno dei soci iscritti all'albo, scelto dal cliente o a lui preventivamente indicato. Non vi sono per il resto limiti al tipo di società eleggibile.

(i) Il primo principio rende inammissibili le società fra capitalisti, cioè costituite esclusivamente tra soci non abilitati, per offrire prestazioni riservate mediante il ricorso al lavoro organizzato di terzi professionisti. La legge usa, per designare il fenomeno regolato, l'espressione **società tra professionisti**, che deve essere tra l'altro contenuta nel nome della società. Essa va diretta al cuore dell'istituto (l'esercizio in comune dell'attività intellettuale, da parte dei soci abilitati), sebbene trascuri di considerare la possibile compartecipazione di soci non abilitati e pertanto la possibilità che si dia vita ad una società mista tra professionisti e capitalisti.

La composizione della compagine sociale non è però del tutto libera. L'art. 10, co. 4, stabilisce che "il numero dei soci professionisti e la partecipazione al capitale sociale dei professionisti deve essere tale da determinare la maggioranza di due terzi nelle deliberazioni o decisioni dei soci" (lett. b). In questo modo si esprime il principio per cui il controllo della società deve fare capo a soggetti abilitati; il superamento della soglia di partecipazione consentita ai capitalisti determina lo scioglimento della società, a meno che l'equilibrio non sia ristabilito nel termine di sei mesi.

(ii) Il secondo principio concerne il rapporto d'opera. La prestazione professionale resta una prestazione dovuta dalla società, che è parte formale e sostanziale di tale rapporto, e non dal socio, il quale è tenuto all'esecuzione solo nei confronti della prima - a titolo di conferimento, ad es. -. Egli gode in ogni caso, nello svolgimento dell'incarico, di piena autonomia di giudizio, non essendo soggetto ad alcun potere di direzione da parte degli amministratori. Per tale motivo, e sebbene l'art. 10 taccia sul punto (a differenza di quanto dispongono le discipline speciali sulle società tra avvocati e di revisione) deve ritenersi che il socio esecutore assuma nei confronti del cliente una responsabilità diretta per i danni arrecati nell'esecuzione della prestazione, solidalmente con la società.

2. Attività produttiva e godimento di beni: società e comunione in generale

L'attività sociale, in quanto produttiva, è attività essenzialmente creatrice di nuova ricchezza, ossia di nuove utilità economiche. Come tale essa si distingue dall'attività

