

Società tra professionisti, concorrenza e attività riservate ad iscritti in albi
Nota a Cass. civ., sez. II, 22.3.2017, n. 7310

di Marina Chiarelli

29 novembre 2017

SOMMARIO: 1. I fatti – 2. Il contratto d'opera professionale e il carattere personale della prestazione. – 3. L'apertura verso le società di *engineering* – 4. L'abrogazione del divieto di costituire società tra professionisti – 5. La legge per la concorrenza 2017 e le sue criticità.

1. I Fatti

La vicenda trae origine dal ricorso in giudizio di una s.r.l., che chiede il pagamento di prestazioni rese nel 2001, consistenti nella progettazione di un impianto e nel preventivo studio geologico. La domanda viene accolta in primo grado e riformata in appello sulla base del fatto che le modifiche normative, in tema di società tra professionisti, all'epoca dei fatti, non consentivano ad una società di svolgere attività riservate agli iscritti negli albi degli ingegneri e che il nucleo centrale e condizionante degli incarichi in considerazione era costituito da attività di progettazione. La controversia giunge di fronte alla sez. II della Cassazione, chiamata a valutare se una società di ingegneria costituita in forma di società di capitali potesse svolgere attività coincidente con quella riservata ai professionisti iscritti all'albo prima dell'entrata in vigore della legge n. 183/2011 ("legge di stabilità 2012"), con la quale è stato definitivamente abrogato il divieto risalente al 1939. La pronuncia in commento affronta, quindi, il tema delle società tra professionisti dall'originario divieto fino agli interventi normativi che ne hanno consentito la costituzione, soffermandosi in particolare sulle aperture del legislatore verso le società di ingegneria.

2. Il contratto d'opera professionale e il carattere personale della prestazione.

La prima questione sottesa alla pronuncia in considerazione involge l'adottabilità dello strumento societario nell'esercizio delle professioni intellettuali. Va premesso che la tradizione giuridica ha attribuito al contratto d'opera il connotato dell' *intuitus personae*, dal quale deriva il carattere infungibile della prestazione e la dimensione fiduciaria del rapporto. Il principio era presente già nel diritto romano classico ed era

rafforzato dalla distinzione delle opere liberali dallo schema della *locatio* e dalla successiva assimilazione a quello del mandato. Il carattere della personalità della prestazione professionale è stato per lungo tempo considerato connotato essenziale delle professioni liberali¹. A cristallizzare il carattere della personalità della prestazione ha contribuito il divieto di costituire società professionali dettato dalla legge n. 1815/1939 relativa proprio alle professioni protette e la conseguente nullità delle società costituite contrariamente a tale divieto. Pur non inibendo del tutto la possibilità di esercitare la professione in forma aggregata, la legge in questione ha contribuito per tanti anni ad attribuire alla professione intellettuale una dimensione esclusivamente individuale e personale². Il codice civile del '42 ha, poi, ribadito attraverso l'art. 2232 c.c. la natura personale della prestazione, carattere necessario del contenuto delle obbligazioni nascenti da contratto d'opera solo per le professioni intellettuali c.d. protette, che possono essere esercitate esclusivamente da soggetti iscritti in appositi albi o elenchi istituiti per legge. Dall'analisi del codice emergono, infatti, altri elementi normativi che confermano il divieto di costituire società tra professionisti. L'art. 2247 c.c., che definisce la società, usa le parole *esercizio in comune di un'attività economica*. In primo luogo, quindi, va stabilito se l'attività professionale può essere considerata economica. Se non si riconoscesse il carattere economico delle attività professionali, si dovrebbe conseguentemente negare la configurabilità di una società tra professionisti; in verità, non vi sono ragioni ostative alla considerazione dell'attività del professionista come attività economica almeno in senso lato. Altro elemento indissolubilmente legato alla società è l'impresa, per cui alla configurazione dell'esercizio della professione intellettuale come attività imprenditoriale si riteneva fosse di ostacolo l'art. 2238 c.c., che dispone l'applicazione delle norme sull'impresa solamente quando l'esercizio della professione costituisce un elemento dell'attività organizzata in questa forma. Il rapporto tra professioni liberali e impresa è un rapporto, inoltre, che risente di antichi pregiudizi derivanti dal principio secondo il quale l'attività professionale non può rientrare in quella imprenditoriale perché è strettamente personale e non deriva dall'utilizzo del capitale. Il professionista, poi, assume un'obbligazione di mezzi e non di risultato e, una volta riconosciuto imprenditore, dovrebbe sottostare alla disciplina delle procedure concorsuali³. In passato, l'interpretazione restrittiva ha trovato supporto nella giurisprudenza di merito⁴, ed è stata fatta propria anche dalla Corte di cassazione⁵, che ha ritenuto l'attività professionale non qualificabile come esercizio di attività

¹ F. MARINELLI, *L'esercizio in forma societaria dell'attività professionale tra realtà normativa e prospettive di riforma*, in *Dir. impr.*, n. 2, 1987, 241.

² A. MELONCELLI, *Le professioni intellettuali nella Costituzione italiana*, in *Scritti per Mario Nigro*, I, Giuffrè, 1991, 430 e ss.; G. GIACOBBE, *Professioni intellettuali*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1987, 1087; A. BERLINGUER, *Professione forense, impresa e concorrenza. Tendenze e itinerari nella circolazione di un modello*, Giuffrè, 2003, 57; A. PERULLI, *Il*

lavoro autonomo in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, 1996, Giuffrè, 382.

³ F. MARINELLI, *op. cit.*, 293.

⁴ TRIB. MILANO, 18 gennaio 1977; PRETURA GENOVA, 16 luglio 1977.

⁵ CASS. 4 luglio 1974, n. 1936.

economica e sull'argomento ricavato dalla norma del comma 2 dell'art. 2233 c.c., che, con il commisurare in ogni caso la misura dell'onorario all'importanza dell'opera e al decoro della professione, non avrebbe consentito di instaurare il rapporto professionale con un gruppo impersonale.

Circa la compatibilità costituzionale del divieto *de quo*, analizzata inizialmente alla luce dell'art. 41 Cost.⁶, è stato precisato che le scelte in ordine al riconoscimento dell'ammissibilità della costituzione di società per l'esercizio delle attività professionali protette attengono alla discrezionalità del legislatore, chiamato ad affrontare due problemi: la costituzione e l'esercizio di una società tra professionisti e la costituzione e l'esercizio di una società professionale organizzata in forma di impresa. La soluzione di siffatti problemi atterrebbe, quindi, non alla legittimità costituzionale, ma alla politica legislativa, perché il parametro offerto dall'art. 41, comma 1, Cost. non comporterebbe l'ammissibilità di una piena liberalizzazione dell'esercizio delle attività professionali, ma soltanto la sindacabilità della disciplina per esse adottata discrezionalmente dal legislatore sotto il profilo della ragionevolezza dei limiti imposti al loro esercizio. Con l'art. 41 Cost. è stata considerata compatibile, dunque, sia la forma individuale dell'esercizio dell'attività professionale sia la forma societaria, ma potrebbe esserlo anche l'esclusione di entrambe le forme. Un orientamento dottrinale ha, poi, evidenziato l'incompatibilità del divieto con il dettato dell'art. 18, comma 1, Cost., il quale riconosce che i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati dalla legge penale e che il citato articolo, interpretato alla luce dell'art. 2 Cost., andrebbe letto nel senso che tutto ciò che una persona fisica può fare come singolo può fare anche in forma societaria non essendo consentito al legislatore comprimere la libertà d'associazione vietando a più persone quello che è lecito che faccia ciascuna di esse singolarmente⁷.

3. L'apertura verso le società di *engineering*

Nella pronuncia in commento la Suprema Corte ricorda che con il passare del tempo si è mano a mano assistito alla progressiva introduzione di "cedimenti" al divieto del 1939 proprio con riferimento alle società di *engineering*⁸. Dalla seconda metà degli

⁶ CORTE COST., 22.1.1976, n. 17, in *Giur. comm.*, 1976, II, 143, con nota di SANTONASTASO. Successivamente CORTE COST., 21.12.2007, n. 443, in *Foro it.* 2008, n. 1396, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 2 in questione con riferimento all'art. 117, 3 comma Cost., ha avuto modo di osservare che la possibilità di creare società di persone o associazioni tra professionisti, volte a fornire all'utenza servizi professionali di tipo interdisciplinare, aumenta e diversifica l'offerta sul mercato, consentendo una maggiore possibilità di scelta a chi ha la necessità di avvalersi congiuntamente di determinate prestazioni professionali anche se eterogenee, indirizzate a realizzare interessi convergenti o connessi.

⁷ A. MELONCELLI, *op.cit.*, 435 e s.

⁸ CASS., 29.11.2007, n. 24922, la quale afferma che le disposizioni degli art. 13 l. n. 183 del 1976, l. n. 92 del 1979, 11 l. n. 17 del 1981, che consentono la costituzione di società di ingegneria (nelle due

anni '70, infatti, con interventi di carattere settoriale, il legislatore ha introdotto disposizioni che consentivano la costituzione di società di ingegneria - nelle due forme cosiddette del *commercial* e del *consulting engineering*⁹, così parzialmente abrogando il divieto di esercizio in forma anonima di attività ingegneristica. Le nuove norme (artt. 13 legge n. 183/1976; art.1 legge n. 92/1979; art.11 legge n. 17/1981), tuttavia, secondo giurisprudenza consolidata della Corte, richiamata nella pronuncia in commento, riguardano l'ipotesi in cui *"l'apporto intellettuale dell'ingegnere sia uno dei vari fattori del più complesso risultato promesso, ma non per quella in cui l'attività oggetto del contratto tra committente e società consista, secondo l'accertamento del giudice di merito, in un'opera di progettazione di ingegneria civile interamente rientrante nell'attività professionale tipica dell'ingegnere e dell'architetto e non in un'attività preparatoria ed accessoria rispetto all'indicata progettazione; conseguentemente è nullo il contratto che affida ad una società l'esecuzione di incarichi rientranti in pieno nell'ordinaria attività del libero professionista"*¹⁰. Successivamente con la legge 109/1994 il legislatore ha individuato, tra i soggetti idonei ad effettuare attività di progettazione, direzione dei lavori ed attività accessorie nell'ambito dei lavori pubblici, anche le società di ingegneria costituite in forma di società di persona o di capitali, e quindi con soci investitori non professionisti, secondo determinati requisiti di tipo organizzativo e tecnico definiti nel d.p.r. 54 del 1999. La richiamata disciplina riguarda, tuttavia, le società di ingegneria operanti nel settore dei lavori pubblici, ipotesi non ricorrente nel caso *de quo*. La previsione è stata ripresa, con variazioni, seppur minime, prima dal d.lgs. n.163 del 2006, art. 90 e oggi dal d.lgs. n. 50 del 2016, art.46 (rubricato *"Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria"*), il quale dispone che *"sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria: (...) c) società di capitali di cui ai capi V [società per azioni], VI [società in accomandita per azioni] e VII [società a responsabilità limitata] del titolo V del libro V del Codice civile, ovvero nella forma di società cooperative (...) che non abbiano i requisiti delle società tra professionisti, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei*

forme del *"commercial"* e del *"consulting engineering"*), hanno parzialmente abrogato il divieto, di cui all'art. 2 l. n. 1815 del 1939, di esercizio in forma anonima di attività ingegneristica.

⁹ L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con determinazione 16 novembre 2006, n. 7, ha specificato che "a seconda delle attività svolte, le società di ingegneria possono essere ricondotte a due principali tipologie:

a) imprese di *consulting engineering*, che prestano servizi integrati di ingegneria pura, ovvero singole tipologie di servizi sempre attinenti l'ingegneria e/o l'architettura;

b) imprese di *engineering and contracting* (o *commercial engineering*), che, oltre a progettare l'opera, provvedono anche alla sua realizzazione ed eventualmente al collaudo, alla manutenzione ed alla gestione con la formula c.d. chiavi in mano. Pertanto, possono essere affidatarie di incarichi di progettazione non solo le società di *consulting engineering*, che prestano i servizi integrati di ingegneria pura, ma anche le società di *engineering and contracting*, perché il legislatore ha riconosciuto "l'esistenza di una realtà imprenditoriale eterogenea e varia, di multiformi espressioni, fondata sul risultato sinergico di una molteplicità di competenze, non solo di natura squisitamente intellettuale, ma anche di consulenza finanziaria e gestionale".

¹⁰ CASS., 1.10.1999, n. 10872; CASS., 2.10.1999, n. 10937; CASS., 29.11.2007, n. 24922.

lavori, valutazioni di congruità tecnico - economica o studi di impatto, nonché eventuali attività di produzione di beni connesse allo svolgimento di detti servizi".

4. L'abrogazione del divieto di costituire società tra professionisti.

Per quanto riguarda le società tra professionisti, invece, solamente la legge 7 agosto 1997, n. 266 ha abrogato l'art. 2 della legge 1815 del 1939, affidando, tuttavia, ad un decreto interministeriale il compito di dettare la disciplina di dettaglio¹¹. Il Consiglio di Stato¹², chiamato a rendere parere di legittimità sull'atto, ha ritenuto *"incongruo e contrario ad ogni buona regola di tecnica legislativa"*, rimettere ad un regolamento la disciplina di tali società, mentre parte della dottrina per contro continuava a sostenere che l'abrogazione del divieto di costituire società professionali non fosse di per sé sufficiente a legittimarle. La disciplina dell'esercizio in forma societaria delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico è rimasta a lungo, dunque, senza attuazione, a parte interventi settoriali. Con il d.lgs. n. 96 /2001, infatti, il legislatore italiano, nello specifico settore forense, ha recepito la direttiva comunitaria 98/5/CE sullo stabilimento degli avvocati, approdando ad una definizione delle forme di esercizio aggregato per la professione forense, costituita da avvocati iscritti all'albo, non soggetta a fallimento ed iscritta in una sezione speciale dell'albo del Consiglio dell'Ordine nella cui circoscrizione è posta la sede legale. Successivamente con il decreto legge n. 233/2006, c.d. Bersani, convertito con modifiche dalla legge n. 248 del 2006, è stato abrogato *il divieto di fornire all'utenza servizi professionali di tipo interdisciplinare da parte di società di persone o associazioni tra professionisti*. Il comma 2 dell'art. 2 ha inteso, quindi, eliminare, come si legge nella relazione di accompagnamento, *l'anacronistico divieto di erogare servizi professionali utilizzando la forma della società di persone o quella della associazione tra privati, divieto che oltre tutto penalizza i professionisti italiani che sono costretti a subire passivamente la concorrenza di società di professionisti provenienti da altri Paesi europei*. Ma solo più recentemente la legge n. 183/2011 (c.d. "legge di stabilità 2012") ha introdotto la possibilità di esercitare le attività professionali regolamentate dal sistema ordinistico attraverso la costituzione di società di qualsiasi tipo, con contestuale, integrale abrogazione della legge n. 1815/1939¹³. E' ormai, quindi, consentita la costituzione di società per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico secondo i tipi regolati dal codice civile, venendo meno ogni ostacolo alla possibilità di esercitare l'attività professionale intellettuale in forma di società di capitali. Sia la legge

¹¹ IBBA, La società tra professionisti dopo l'abrogazione dell' art. 2 della legge 1815/1939, in *Riv. Notar.*, 1997, II, 1360.

¹² CONS. STATO, V sez., parere 11.5.1998, 226.

¹³ Sulle S.T.P. dopo l'entrata in vigore della legge 183/2011 MARASÀ, *Le società tra professionisti*, in *Riv. soc.*, 2014, 429 ss; IBBA, *Le società tra professionisti: ancora una falsa partenza*, in *Riv. notar.*, 2012, I, 1 ss. Sull'esercizio in forma societaria della professione forense G. ALPA, *La nuova legge sulla professione forense*, in *Riv. dir. civ.* n. 2, 2013, 391.

del 2011 che quella del 2012, in ogni caso, non codificano un nuovo modello di società, diversamente dalla scelta operata dal legislatore del d. lgs. n. 96/2001, con riferimento alle vecchie società tra avvocati, ma consentono la costituzione di società professionali secondo i modelli regolati dai titoli V e VI del libro V del codice civile. Nella pronuncia *de qua* la Suprema Corte sottolinea, dunque, che il legislatore del 2011 ha riconosciuto la validità del modello previsto nel 1994 per le società di ingegneria nel settore pubblico, rendendo possibile che le società costituite ai sensi della legge n. 109/1994, art. 17 siano abilitate a svolgere attività di progettazione anche nel mercato privato, tendenzialmente mantenendo lo statuto vigente. Il mutato quadro normativo non interessa, in quanto successivo, la questione di cui si tratta, atteso che il credito originante la vicenda in considerazione è relativo a prestazioni rese nel 2001. I giudici di legittimità, infatti, concludono affermando che la società di ingegneria costituita in forma di società di capitali non potesse svolgere attività coincidente con quella riservata ai professionisti iscritti all'albo anche dopo il 1997, e che, di conseguenza, i contratti di affidamento in oggetto sono nulli per contrasto con l'art. 2231 c.c., in base al quale *"quando l'esercizio di un'attività professionale è condizionato all'iscrizione in un albo o elenco, la prestazione eseguita da chi non è iscritto non gli dà azione per il pagamento della retribuzione"*. Ma vi è di più dal momento che il divieto di esercizio della professione in forma societaria dell'attività riservata si riferisce a qualsiasi azione e, quindi, anche all'azione di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. La Corte rigetta, pertanto, il ricorso principale, condannando la società ricorrente anche al pagamento delle spese di giudizio.

5. La legge per la concorrenza 2017 e le sue criticità.

La pronuncia dei giudici in commento ha visto la luce prima dell'entrata in vigore della legge 4 agosto 2017, n. 124 ("legge annuale per il mercato e la concorrenza") che, nel quadro di un generale *favor* nei confronti dell'istituto societario - basti pensare all'introduzione delle società di capitali per la professione forense - all'art. 1, comma 148, ha ormai stabilito che *"in applicazione dell'art. 24, comma 1, della legge 7 agosto 1997, n. 266, sono validi ad ogni effetto i rapporti contrattuali intercorsi, dalla data di entrata in vigore della medesima legge, tra soggetti privati e società di ingegneria, costituite in forma di società di capitali di cui ai capi V, VI e VII del libro quinto del codice civile, ovvero in forma di società cooperativa (...)"*. La legge non solo introduce le società di *engineering* nel settore privato, ma afferma la validità dei contratti tra società di ingegneria e privati conclusi a decorrere dall'**11 agosto 1997**, data di entrata in vigore della legge 266/1997, mettendo fine alla *querelle* infinita tra le società di ingegneria, che rivendicavano il diritto a lavorare nel settore privato, e coloro che, invece, volevano limitare l'attività delle società al settore pubblico. La norma, tuttavia, genera seri problemi di certezza del diritto a causa della sua retroattività, favorendo le società di ingegneria, che non essendosi attenute alla cornice normativa sino ad ora

vigente, hanno operato "abusivamente" nel settore privato. Di fatto la norma rappresenta una sorta di "condono" per le società di ingegneria che hanno operato anche al di fuori del settore pubblico. In più forza chiaramente il dato normativo preesistente con il richiamo appunto ad una disposizione, l'art. 24, comma 1, della legge 266 del 1997, che la Cassazione interpreta in modo del tutto diverso. Sotto le spoglie di una legge di interpretazione autentica, dunque, la nuova recentissima disposizione innova il diritto oggettivo, disponendo una vera e propria "sanatoria" per tutte le attività erogate dalle società di ingegneria nei confronti di soggetti privati. Alla luce della giurisprudenza qui commentata tali società avrebbero operato piuttosto sulla base di contratti nulli perché eseguiti in violazione dell'art. 2231 c.c. Viene da chiedersi se tale soluzione non rechi una violazione delle pari opportunità, del divieto di discriminazione e del diritto della concorrenza nella parte in cui favorisce manifestamente operatori di mercato che hanno realizzato nel tempo le condotte dubbie in questione in danno di quegli operatori che, invece, si sono attenuti alle regole vigenti in modo più fedele. Attese, dunque, le evidenti ricadute sul piano della ragionevolezza della scelta legislativa di pochi mesi orsono e, quindi, della sua conformità all'art. 3 della Costituzione, non è detto che sia stata posta la parola fine alla nota *querelle*.