

MODELLI PREESISTENTI DI ESERCIZIO DI PROFESSIONI IN FORMA SOCIETARIA E SOCIETA' TRA PROFESSIONISTI

1 QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

Il provvedimento normativo da cui prende le mosse la presente analisi è, come ben chiarito dai relatori che ci precedono, la legge di stabilità n. 183 del 12.11.2011, così come modificata dal successivo Decreto sulle Liberalizzazioni D.L. 1/2012 (convertito dalla L. n. 27 del 24.03.2012), e così come integrata dal successivo regolamento adottato con il DM 34 del 8/02/2013.

Il presente lavoro ha ad oggetto la ricognizione e l'indagine delle normative di settore preesistenti all'intervento più generale operato con i provvedimenti di cui sopra, al fine di valutare se e come la nuova disciplina abbia innovato l'impianto normativo esistente per determinate categorie di professionisti, per i quali l'assoluto divieto di esercizio dell'attività in forma societaria era già stato – in tutto o in parte – eliminato, in considerazione delle particolari caratteristiche dei settori nei quali detta attività era prestata.

Il comma 9 dell'articolo 10 della L. 183/2011 espressamente prevede che *“restano salve le associazioni professionali, nonché i diversi modelli societari già vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge”*; con analoga previsione, il comma 2 dell'art. 2 del DM 34/2013 prevede che *“per le associazioni professionali e le società tra professionisti costituite secondo modelli vigenti alla data di entrata in vigore della legge...183/2011...resta ferma l'applicazione dell'articolo 10, comma 9, della medesima legge”*.

Entrambe le norme, nella loro formulazione, appaiono infelici, e sembrano sollevare più dubbi di quanti non risolvano; un'analisi del loro impatto sulle situazioni preesistenti, tuttavia, non può che muovere dall'esame dello “stato dell'arte” precedente la novella.

Quanto al tema delle preesistenti “associazioni tra professionisti”, altri, nel prosieguo di questa Giornata, si occuperà del tema più degnamente del sottoscritto.

Per quel che più specificamente ci occupa, invece, occorre chiarire che molti dei fenomeni societari tradizionalmente ricondotti alla società tra professionisti, a ben vedere, poco hanno in comune con queste ultime e traggono la loro ammissibilità non tanto da specifiche disposizioni di legge ma da considerazioni di ordine logico e sistematico che consentono di escluderle dalla discussione in ordine alle modalità di esercizio delle attività proprie delle “professioni protette”.

1. LE SOCIETÀ DI INGEGNERIA

Esempio principe di fenomeno societario contiguo alla società tra professionisti, eppure da questa ontologicamente distinto, è quello della società di ingegneria.

Il concetto di “società di progettazione industriale” è stato accolto dal legislatore, inizialmente, sul finire degli anni '70; nel disciplinare requisiti e modalità di affidamento di appalti pubblici di progettazione industriale, alcuni provvedimenti normativi (L. 183/1976, art. 13; L. 92/1979, art. 1; L. 17/1981, art. 11) , pur senza darne una chiara definizione, presupponevano l'esistenza di imprese di progettazione industriale, di grande dimensione ed in forma di “persona giuridica”.

D'altra parte, è innegabile che, per la predisposizione di progetti molto complessi, spesso accompagnati dallo svolgimento di attività collaterali, a partire dallo svolgimento di studi di fattibilità, modalità di reperimento fondi, ricerca e selezione di materiali e di fornitori degli stessi (c.d. *consulting engineering*), fino ad arrivare alla concreta realizzazione di quanto progettato (c.d. *commercial engineering*), fosse, se non indispensabile, quanto meno opportuno il ricorso a strutture imprenditoriali caratterizzate non solo dall'apporto di professionisti del settore tecnico, ma anche dall'utilizzo di capitali adeguati per la predisposizione dei mezzi tecnici e tecnologici, oltre che organizzativi, necessari all'espletamento dell'incarico: nascevano, in questo modo, le società c.d. di “engineering”.

La rilevanza di tale fenomeno non era passata inosservata alla giurisprudenza, la quale, seppur con alcune oscillazioni, aveva ammesso la possibilità di costituire società aventi ad oggetto l'attività di progettazione di impianti industriali. E se, da un lato, aveva ritenuto che la legittimità di tali società derivasse dalla implicita, parziale, abrogazione del divieto di cui all'art 2 della L. 1815/1939 da parte delle leggi innanzi citate, dall'altro aveva costantemente ribadito che nelle società di progettazione di impianti industriali l'attività tradizionalmente protetta (svolta dal professionista persona fisica) è meramente preparatoria e integrativa di quella svolta dalla società¹, traendone la conseguenza che una società non avrebbe potuto legittimamente svolgere un'attività coincidente tout court con quella svolta dal singolo professionista.

In tal senso Cass. Sez. II, 12351 del 29/11/1995, secondo cui *“Non può essere esercitata da una S.r.l. l'attività professionale volta all'ottenimento dell'agibilità ed all'accatastamento di alcuni capannoni, nell'interesse di altra impresa richiedente, stante il divieto - posto dall'art. 2 legge n. 1815 del 1939 - di costituire società aventi ad oggetto l'espletamento di prestazioni riservate a persone munite dei necessari titoli di abilitazione professionale e non essendo l'indicata attività corrispondente al servizio di natura imprenditoriale tipico delle cosiddette società di engineering, bensì alle prestazioni tipiche del contratto d'opera intellettuale degli ingegneri; con conseguente nullità dei contratti stipulati dalla società per lo svolgimento dell'indicata attività.”*

Oggi la materia è disciplinata dall'art. 90 del D.Lgs. 163 del 12/04/2006 (Codice dei contratti pubblici) il quale – ripetendo con poche modifiche quanto già stabilito in prima battuta dalla L. 109 dell'11/02/1994, (c.d. legge Merloni) distingue due tipi di società di *engineering*:

- Le “società di professionisti”, costituite in forma di società di persone o di società cooperative tra professionisti iscritti negli appositi albi;

¹ Cass. Sez. I, n. 10872 del 1/10/1999; Cass. 5648 del 10/06/1994; Cass. Sez II, 1405 del 21/03/1989.

- Le “società di ingegneria”, costituite nella forma di società di capitali cui è consentita la partecipazione anche di soci non professionisti.

La terminologia adoperata, soprattutto il ricorso alla locuzione “società di professionisti”, non deve, tuttavia, trarre in inganno: entrambe le tipologie di società delineate dalla normativa in parola, infatti, possono svolgere solo un’attività limitata alla esecuzione di “studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale”.

In altri termini, né le società “di ingegneria” né le società “di professionisti” di cui all’art. 90 del D.Lgs. 163/2006 svolgono l’attività propria del professionista (segnatamente: dell’ingegnere e o dell’architetto), ma una diversa e più complessa attività di natura imprenditoriale diretta alla produzione di un servizio che eccede il contenuto proprio del contratto d’opera intellettuale e si inquadra in quello dell’appalto di servizi².

All’interno di detta complessa attività la prestazione del singolo professionista non resta isolata e non si identifica con la prestazione resa dalla società, ma rappresenta solo uno degli elementi di una prestazione più complessa avente ad oggetto la progettazione, la consulenza, gli studi di fattibilità, il reperimento fondi (c.d. *consulting engineering*) fino ad abbracciare anche la realizzazione e la commercializzazione di quanto progettato (c.d. *commercial engineering*); tanto che la giurisprudenza di legittimità non esita a riconoscere alle società di engineering la “*qualifica di imprenditori commerciali, in quanto la forma sociale adottata, che è quella di una società lucrativa, ed i mezzi impiegati dalla società in coerenza con tale forma, non sono contraddetti dal fatto che il contenuto dell’attività organizzata a scopo di profitto, essendo di tipo professionale, postuli che la società si avvalga di professionisti intellettuali iscritti in un albo*”³.

In tal senso, anche l’Ufficio Studi del CNN, secondo il quale, in considerazione della natura dell’attività svolta dalla società di engineering, essa può essere costituita anche tra tutti soci non professionisti⁴.

Se, dunque, la liceità della società di engineering derivava, già prima dell’abrogazione del divieto di costituire società tra professionisti, dal diverso carattere, imprenditoriale e non professionale, dell’attività svolta, deve ritenersi che – a prescindere dalla riforma - detta attività imprenditoriale possa assumere contorni differenti, più ristretti o più ampi, di quelli stabiliti dall’art. 90 del Codice dei Lavori Pubblici.

La perimetrazione dell’oggetto sociale contenuta in detta norma, in altri termini, opera in senso positivo e non negativo: intende, cioè, non tanto limitare l’oggetto a quelle specifiche attività, ma piuttosto consentire, da un lato, la valida costituzione di società di *consulting engineering*, aventi ad oggetto la mera attività di progettazione e consulenza, ribadendone la differenza dalla società tra professionisti in senso

² G.F. CAMPOBASSO, Diritto Commerciale.

³ Cass. 10860 del 10/07/2003.

⁴ CNN, Ufficio Studi, risposta a quesito 89/2009 I del 9/04/2009, est. ALESSANDRA PAOLINI

stretto e, dall'altro, stabilire l'oggetto sociale tipo che soddisfa i requisiti per poter accedere agli appalti di lavori pubblici.

Resta, tuttavia, a mio modesto avviso, possibile elaborare oggetti sociali differenti e più articolati di quelli legislativamente tipizzati, purchè nel rispetto del principio generale per cui l'attività svolta dalla società deve essere diretta a fornire un servizio complessivo che non si esaurisca nella semplice prestazione professionale che potrebbe rendere l'iscritto all'albo.

Da un punto di vista operativo, sarà dunque possibile costituire una società ex art. 90 del D.Lgs. 193/2006, nella forma, alternativa:

--- della "società di professionisti", in forma di società di persone o di cooperativa alla quale partecipino tutti soci professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali;

--- della "società di ingegneria", in forma di società di capitali o di cooperativa, alla quale partecipino anche soci non professionisti;

in entrambi i casi l'oggetto sociale sarà quello previsto dall'art. 90 del D.Lgs.; ma non è prevista l'esclusività di detto oggetto, né mi sembra che essa possa ricavarsi dal sistema.

Non sembra, inoltre, che il notaio debba, in sede di costituzione, preoccuparsi del rispetto degli altri requisiti, di tipo organizzativo, previsti dal regolamento di cui al D.P.R. 21/12/1999 n. 554, art. 53: le società in parola sono tenute a disporre di almeno un direttore tecnico – ingegnere, architetto o laureato in una disciplina tecnica attinente all'attività sociale – abilitato all'esercizio della professione da almeno 10 anni e iscritto al relativo albo professionale, cui è affidato l'incarico di controfirmare i progetti resi dalla società anche se elaborati da terzi estranei, e sono soggette ad obblighi di comunicazione relativi all'organigramma dei soci, dipendenti e collaboratori.

Se, come detto, la ragione della liceità delle società di engineering anche prima dell'abrogazione del divieto di esercizio delle professioni protette in forma societaria è da ricercarsi nella natura imprenditoriale e non professionale delle attività da esse svolte, e non già nell'esistenza di leggi speciali che le consentano, sarà anche possibile costituire, in forma di società lucrativa, di persone o di capitali, o di società cooperativa, senza vincoli di partecipazione di soci professionisti, società di engineering senza il rispetto di alcun requisito ulteriore rispetto a quelli dettati dalla normativa per il tipo sociale prescelto, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 90 del D. Lgs. 193/2006, con l'unica, ovvia, conseguenza, che esse non potranno validamente partecipare all'assegnazione di lavori pubblici ai sensi della normativa in parola.

2. LE SOCIETÀ TRA FARMACISTI

L'evoluzione della legislazione riguardante l'esercizio in forma societaria dell'attività propria dei farmacisti mostra con chiarezza come ciò di cui, sotto varie prospettive, stiamo discutendo oggi, sia una mera scelta di politica legislativa.

Come affermato dalla migliore dottrina commerciale⁵, prima dei vari interventi di riforma (a partire da quello del 1997) i professionisti non erano (e forse ancora non sono) imprenditori *“per libera scelta del legislatore”, “scelta ispirata dalla particolare considerazione sociale che tradizionalmente circonda le professioni intellettuali e che ha indotto il legislatore del 1942 a dettare per le stesse uno specifico statuto (artt. 2229-2238 c.c.)”*. D'altra parte la realtà, soprattutto avuto riguardo a quelle professioni intellettuali per l'esercizio delle quali l'utilizzo di una struttura che richiede ingenti investimenti di capitali se non indispensabile si pone quanto meno come opportuno, spingeva e spinge in senso opposto.

Questa istanza, unita alla *“europeizzazione”* del nostro diritto interno, chiamato a confrontarsi con tradizioni giuridiche differenti e ad approntare risposte *“economicamente efficienti”* alla concorrenza degli operatori economici che provengono da tali differenti tradizioni, hanno pian piano messo in discussione la scelta iniziale, fino a ribaltarla.

Orbene, come si diceva innanzi, l'evoluzione della normativa nel settore dell'esercizio dell'attività di farmacista ricalca in pieno questa evoluzione; probabilmente è questo il settore in cui più compiutamente la normativa mostra di aver *“seguito”* l'evoluzione della figura del professionista in imprenditore.

E ciò dipende, con tutta probabilità, dalla peculiarità che l'attività della farmacia presenta, qualificandosi come attività di vendita al dettaglio di prodotti medicinali, medicali, di erboristeria ed omeopatia, veterinari e parafarmaceutici, sia realizzati da terzi, sia realizzati direttamente dal farmacista; il farmacista, che in antico era soprattutto colui che preparava le specialità medicinali, è pian piano divenuto colui che tali specialità vende, seppure assistito da una preparazione specialistica funzionale ad una corretta gestione di tale vendita in ragione della particolarità del prodotto commerciato.

In sostanza, tra le attività professionali protette, quella del farmacista è, per sua natura, quella maggiormente contigua ad un'attività commerciale imprenditoriale, caratterizzandosi per la sostanziale impossibilità di scindere l'attività di tipo commerciale da quella di tipo professionale.

3.1 Il RD 27/07/1934 n. 1265 e la l. 475/1968

Inizialmente, il Testo Unico delle leggi sanitarie (R.D. 27.07.1934 n. 1265) prevedeva il principio base secondo il quale l'attività di farmacia era riservata esclusivamente alla persona fisica abilitata all'esercizio della professione a seguito del conseguimento del diploma di laurea in farmacia, iscritta all'apposito albo e

⁵ Per tutti, G.F. CAMPOBASSO, Diritto Commerciale.

debitamente autorizzata all'apertura della farmacia; è chiaro che la non perfetta corrispondenza tra numero di professionisti abilitati e numero di farmacie disponibili consentiva l'impiego di farmacisti (non titolari di farmacia) alle dipendenze di altri farmacisti (titolari di licenza).

Un primo riconoscimento della natura anche imprenditoriale dell'attività di farmacia si ebbe con la legge 475 del 2/04/1968, che – nel ribadire la necessità che la farmacia fosse riconducibile ad un farmacista persona fisica – introdusse la novità della “trasferibilità” dell'attività, e segnatamente della autorizzazione amministrativa unitamente alla connessa azienda commerciale.

3.2 la l. 368/1991 ed il D.L. 223/2006: le società di gestione di farmacie private

Con la legge n. 368 dell'8.11.1991 si è avuto, infine, un intervento di totale riassetto della normativa di settore, ed è stata introdotta una disciplina organica della gestione della farmacia in forma societaria.

La legge ha distinto, in primo luogo, la disciplina applicabile alle farmacie “private” da quella applicabile alle farmacie di titolarità dei Comuni.

Riguardo alle prime, ha previsto che l'esercizio della farmacia possa essere svolto anche tramite società di persone o società cooperative a r.l. (queste ultime solo se preesistenti), subordinatamente al rispetto di determinati requisiti:

- La società doveva avere oggetto sociale esclusivo (in specie era preclusa alla società la concorrente attività nel campo della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco);
- La partecipazione alla società era riservata esclusivamente a farmacisti iscritti all'Ordine della provincia in cui la società aveva sede, e la società poteva essere titolare di una sola farmacia nell'ambito territoriale di tale provincia;
- Ciascun socio farmacista poteva partecipare ad una sola società di tal genere;
- La direzione della farmacia doveva essere affidata ad un socio responsabile.

Più liberale il regime che la legge riservava alle farmacie c.d. “comunali”, che potevano essere gestite anche da società di capitali, di cui il Comune fosse anche solo socio di minoranza.

Con il D.L. 223 del 4/07/2006, convertito con L. 248 del 4/08/2006, (c.d. Bersani), tale normativa è stata modificata, prevedendosi:

- L'eliminazione della limitazione territoriale applicabile ai soci – i quali, quindi, possono appartenere anche ad un ordine di differente provincia;
- L'eliminazione del limite di partecipazione, per il socio farmacista, ad una sola società;
- L'innalzamento del numero di farmacie gestibili dalla società da uno a quattro e l'eliminazione del criterio territoriale su base provinciale;
- La possibilità di costituire nuove cooperative per l'esercizio dell'attività di farmacia.

3.3 le società per la vendita di prodotti medicali da banco e di automedicazione

Ma il D.L. Bersani non si è limitato a questo, avendo previsto, all'art. 5, che *“Gli esercizi commerciali ... possono effettuare attività di vendita al pubblico dei farmaci da banco o di automedicazione...e di tutti i farmaci o prodotti non soggetti a prescrizione medica, previa comunicazione al ministero della salute e alla regione in cui ha sede l'esercizio...La vendita è consentita durante l'orario di apertura dell'esercizio commerciale e deve essere effettuata nell'ambito di un apposito reparto, alla presenza e con l'assistenza personale e diretta al cliente di uno o più farmacisti abilitati...e iscritti.”*.

In pratica, allo stato, qualsiasi società commerciale, già costituita o di nuova costituzione potrà liberamente inserire nell'oggetto sociale l'attività di vendita di farmaci da banco o di automedicazione (OTC) e di farmaci non soggetti a prescrizione medica (SOP); addirittura, come è stato correttamente osservato, qualsiasi società avente ad oggetto l'attività di commercio di prodotti non alimentari potrà, in concreto, rispettando le modalità previste dalla legge, vendere anche detti prodotti farmaceutici⁶.

Sebbene la novità abbia riguardo alle società diverse da quelle costituite ai sensi della L. 368/1991, e non sia stato formalmente abrogato l'articolo 7 della detta legge, nella parte in cui dispone che le società di farmacisti abbiano ad oggetto esclusivo la gestione di farmacie, secondo alcuni⁷ *“una lettura sistematica del nuovo contesto normativo fa, viceversa, propendere per il riconoscimento a dette società della possibilità di assumere la titolarità di altri esercizi commerciali, così come del resto auspicato dall'Autorità Garante per la concorrenza e il mercato”* perché *“sarebbe, infatti, singolare che il legislatore da un lato consenta ai singoli farmacisti di essere sia titolari di farmacie che responsabili dei nuovi esercizi (ovvero di prestare la propria attività presso entrambe le tipologie di esercizi) e, dall'altro, precluda alle società di farmacie già dotate dell'autorizzazione commerciale la stessa opportunità di attività parallele pur se nello stesso settore”*.

Posizione non condivisa da chi, invece, ritiene che, allo stato attuale, mancando una norma che espressamente consenta alle società tra farmacisti di porre in essere un'attività commerciale collaterale a quella della gestione della farmacia, *“sembra preferibile porre in essere scelte più rigorose, conservando alle società per la gestione di farmacie esclusivamente la loro attività tipica”*⁸.

3.4 Le società di gestione delle farmacie comunali

Per le farmacie “comunali”, il legislatore aveva previsto una normativa molto meno vincolante, stabilendo, in linea con quanto già previsto nella normativa del 1968, la possibilità di ricorrere a società di capitali tra i farmacisti (che prestassero servizio presso la farmacia comunale) ed il Comune (art. 10 L. 362/1991), e anche a società per azioni in cui il Comune non fosse socio di maggioranza (ex art. 12 L. 498/1992) ma,

⁶ PAOLO GUIDA, L'oggetto sociale della società di gestione di farmacia e riflessi notarili, studi CNN n. 155/2009.

⁷ PAOLO GUIDA, op cit.

⁸ ANTONIO TESTA, Gli oggetti sociali degli atti delle società.

soprattutto, non prevedendo, analogamente a quanto fatto per le società di gestione di farmacie “private” con l’art. 7 della L. 362/1991, l’esclusività del relativo oggetto sociale.

La disparità di trattamento è stata, in ogni caso, eliminata dalla Corte Costituzionale con la sentenza 275/2003, con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 8, comma 1, della L. 362/1991 nella parte in cui non prevedeva l’incompatibilità dell’attività di gestione della farmacia “comunale” con le attività di produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco, analogamente a quanto stabilito per le società di gestione di farmacie private.

3.5 Le società tra farmacisti: conclusioni operative

Dal quadro brevemente delineato emerge la necessità di distinguere almeno tre tipi di società operanti – in senso più o meno stretto – nel settore delle farmacie.

In primis, le società di capitali che intendano inserire (in sede di costituzione o di successiva modifica) nel proprio oggetto sociale l’attività di commercio di farmaci OTC e SOP, nonché di prodotti omeopatici e veterinari; queste società non pongono alcun problema operativo al notaio.

Ad esse, infatti, potranno o meno partecipare soci farmacisti, senza alcuna limitazione; in generale, per dette società, i requisiti per l’esercizio in concreto dell’attività di vendita dei farmaci consentiti, devono essere necessariamente valutati ex post e non richiedono alcuna indagine da parte del notaio in sede di costituzione (o di modifica); occorre solo ricordare che, come è ovvio, nelle attività costituenti l’oggetto sociale non potrà legittimamente prevedersi la vendita di farmaci diversi da quelli strettamente consentiti (dall’art. 5 della L. 248/2006).

In secondo luogo, le società di gestione di farmacie “private”, da costituirsi in forma di società di persone o di cooperative. Per queste, il notaio dovrà prestare attenzione a controllare:

- che tutti i soci siano farmacisti;
- che l’oggetto sociale preveda in via esclusiva l’esercizio dell’attività di gestione di farmacia (salvo non voler accedere alla teoria più permissiva innanzi illustrata secondo cui – per motivi di logica e di interpretazione sistematica – anche alle società tra farmacisti sia consentita l’attività di vendita di farmaci OTC e SOP in strutture commerciali).

E’ opportuno rilevare anche che, in sede di costituzione, il notaio sarà chiamato a svolgere un’attività di consulenza in merito alle scelte più indicate per risolvere l’interferenza tra la prescrizione, contenuta nella L. 362/1991, secondo cui la direzione della farmacia deve essere affidata ad un socio che ne sia responsabile, e la disciplina delle società di persone, in particolare della s.n.c., nella quale la rappresentanza e l’amministrazione, salvo deroghe, spettano a tutti i soci; detta attività probabilmente si sostanzierà nel suggerire l’adozione – ove possibile e conforme alla volontà dei soci -della struttura della s.a.s., più idonea a

diversificare la posizione del socio direttore e responsabile dalla figura degli altri soci, sebbene la differente nozione di conduzione economica e di conduzione professionale legittimino a ritenere che anche ove si ricorra allo schema della s.a.s. questo possa subire delle alterazioni consistenti (e, così, secondo alcuni⁹, la normativa speciale renderebbe possibile la *“sostituzione nella direzione della farmacia (con conseguente attribuzione di poteri gestionali e assunzione della relativa responsabilità) senza che sia necessario un corrispondente “riassetto” delle qualifiche societarie, ammettendo anche l’ipotesi in cui sia il socio accomandante ad assumere il ruolo e la posizione di direttore responsabile”*, senza con ciò violare il divieto di immistione).

Infine, le società costituite per la gestione di farmacie comunali, meno ricorrenti nella pratica ma caratterizzate da una disciplina più complessa per il sovrapporsi delle disposizioni in materia di enti locali a quelle dettate dalla normativa di settore in commento.

Fermo restando che sarà utilizzabile lo schema della società di capitali, resta da valutare:

- quali prestazioni costituiranno il conferimento dei soci farmacisti (il Comune conferisce l’attività di cui è titolare): premesso, infatti, che il rapporto di lavoro dipendente tra Comune e farmacista si estingue per effetto della costituzione della società, nulla impedirebbe, in linea teorica, che il singolo farmacista conferisse nella nuova società la propria opera. Il che, se è possibile nelle s.r.l., salva la necessità della prestazione della polizza fideiussoria o assicurativa a garanzia, è precluso, nel caso di S.p.A. dal divieto di cui all’art. 2342 c.c. (mentre potrebbe trovare applicazione l’art. 2345 c.c. in tema di prestazioni accessorie)¹⁰;
- se sia prescritto un capitale minimo più elevato di quello previsto dal codice civile per il tipo sociale prescelto: la risposta pare essere negativa, dovendosi ritenere l’attività di farmacia – per le sue caratteristiche intrinseche - estranea al concetto di attività industriale per l’esercizio della quale in regime di servizio pubblico il DPR 533/1996 prescrive l’adozione della struttura della società mista con capitale minimo di euro 516.457,00¹¹;
- se il Comune possa legittimamente essere socio di minoranza in ogni caso¹², o se, invece, tale possibilità sia preclusa quando si adotta il tipo della s.r.l.: l’art. 22 della L. 142/1990 (modificato dalla L. 127/1997), richiamato dalla L. 362/1991 per individuare le società di gestione cui può partecipare il Comune fa riferimento alle srl ed alle Spa, a prevalente partecipazione di capitale pubblico, laddove l’art. 12 della L. 498/1992 prevede la possibilità per i Comuni di costituire, per l’esercizio di servizi pubblici, solo società per azioni sottratte al vincolo della partecipazione maggioritaria di cui all’art. 21 della L. 142/1990;

⁹ PAOLO GUIDA, cit.

¹⁰ TESTA, cit.

¹¹ TESTA, cit.

¹² TESTA, cit.

Restano inoltre demandate al notaio:

- la verifica della ricorrenza dei requisiti soggettivi prescritti per la valida costituzione della società, e segnatamente della circostanza che sia stata esperita la particolare procedura ad evidenza pubblica prescritta dalla legge per la scelta dei soggetti che possono partecipare alla gestione della farmacia comunale;
- La verifica dell'esclusività dell'oggetto sociale (a seguito della sentenza della Corte Costituzionale che ha di fatto reso applicabile anche alle farmacie comunali la prescrizione prima operante solo per le farmacie private).

3. LA SOCIETÀ TRA AVVOCATI

4.1 Il D. Lgs. 96/2001

La società tra avvocati, delle società tra professionisti, è quella che è stata regolamentata in maniera più compiuta prima della L. 183/2011; nonostante ciò, allo stato attuale, è quella rispetto alla quale si rilevano i maggiori problemi, a causa del susseguirsi di differenti interventi normativi nel tempo.

Fino all'emanazione della L. 183/2011, infatti, la società tra avvocati poteva godere di un'autonoma regolamentazione, dettata dagli artt. 16-33 del D.Lgs. 2/2/2001 n. 96.

In base a detta normativa, la società tra avvocati doveva essere costituita in forma di snc, aveva ad oggetto l'esercizio in comune dell'attività professionale dei propri soci, i quali dovevano necessariamente essere tutti avvocati, non potevano partecipare a più di una società tra avvocati contemporaneamente, ed erano esclusi di diritto dalla società in caso di cancellazione o radiazione dall'albo; operava sotto una denominazione formata dal nome e dal titolo professionale di tutti i soci o almeno uno di essi (in tal caso seguita dalla locuzione "e altri") e dall'indicazione (anche in forma abbreviata) di società tra professionisti, ed era iscritta in un'apposita sezione del registro delle imprese.

Ad essa si applicavano le norme professionali e deontologiche che disciplinano la professione di avvocato, ed era sottratta al fallimento, non svolgendo attività di impresa; l'amministrazione della società non poteva essere affidata a terzi e l'incarico professionale conferito alla società poteva essere eseguito solo da uno o più soci in possesso dei requisiti specificamente prescritti per l'esecuzione dell'attività richiesta dal cliente. Questi, dal canto suo, aveva il diritto di scegliere quali, tra i soci, eseguissero l'incarico professionale, e solo in mancanza di tale indicazione la scelta era eseguita dalla società che aveva comunque l'obbligo di comunicarla al cliente.

Sotto il profilo della responsabilità, era previsto che i soci che avevano eseguito l'incarico erano responsabili per l'attività professionale svolta personalmente ed illimitatamente in solido con la società; la responsabilità si estendeva anche agli altri soci laddove la società avesse omesso di comunicare il nome dell'avvocato incaricato prima dell'esecuzione dell'incarico.

4.2 La legge delega e l'attuale quadro normativo

Detta disciplina è sicuramente sopravvissuta all'intervento del 2011; il comma 9 dell'art. 10 della L. 183/2011, infatti, prevede espressamente la salvezza dei "modelli societari" già vigenti; tuttavia, successivamente, è stata approvata la L. 31/12/2012 n. 247, contenente la nuova disciplina dell'ordinamento forense, la quale, all'art. 5, ha previsto una delega al Governo ad adottare, entro sei mesi, un decreto legislativo per disciplinare la società tra avvocati, tenuto conto di quanto previsto dall'art. 10 della L. 183/2011 in materia di società tra professionisti.

Secondo il dettato dell'art. 5, *"Nell'esercizio della delega di cui al comma 1 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;

b) prevedere che ciascun avvocato possa far parte di una sola società di cui alla lettera a);

c) prevedere che la denominazione o ragione sociale contenga l'indicazione: «società tra avvocati»;

d) disciplinare l'organo di gestione della società tra avvocati prevedendo che i suoi componenti non possano essere estranei alla compagine sociale;

e) stabilire che l'incarico professionale, conferito alla società ed eseguito secondo il principio della personalità della prestazione professionale, possa essere svolto soltanto da soci professionisti in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento della specifica prestazione professionale richiesta dal cliente;

f) prevedere che la responsabilità della società e quella dei soci non escludano la responsabilità del professionista che ha eseguito la prestazione;

g) prevedere che la società tra avvocati sia iscritta in una apposita sezione speciale dell'albo tenuto dall'ordine territoriale nella cui circoscrizione ha sede la stessa società;

h) regolare la responsabilità disciplinare della società tra avvocati, stabilendo che essa è tenuta al rispetto del codice deontologico forense ed è soggetta alla competenza disciplinare dell'ordine di appartenenza;

i) stabilire che la sospensione, cancellazione o radiazione del socio dall'albo nel quale è iscritto costituisce causa di esclusione dalla società;

l) qualificare i redditi prodotti dalla società tra avvocati quali redditi di lavoro autonomo anche ai fini previdenziali, ai sensi del capo V del titolo I del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni;

m) stabilire che l'esercizio della professione forense in 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;

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.”

Come è facile rilevare, i limiti posti dal legislatore delegato ricalcano, in larga parte, fatta salva la possibilità di adottare anche la forma delle società di capitali, il contenuto del D.Lgs. 96/2001 cui, d'altra parte, la legge delegata fa anche espresso riferimento.

Ad oggi, il termine dei sei mesi è scaduto ed il Governo non ha provveduto ad adottare il decreto delegato, motivo per il quale all'interprete spetta valutare se, nelle more della sua emanazione, debba ritenersi applicabile, alla società tra avvocati, la disciplina generale prevista dalla L. 183/2011.

In senso negativo si è recentemente espresso il Consiglio Nazionale Forense, con la circolare n. 13 del 12 settembre 2013, nella quale si legge che “*Sebbene il termine per l'esercizio della delega sia ormai scaduto senza che sia stato approvato il decreto, non è, comunque, applicabile agli avvocati la disciplina prevista per le società appartenenti ad altre categorie professionali contenuta nella legge n. 183 del 2011 e nel d.m. 8.2.2013 n. 34. L'art. 5 della legge professionale forense ha infatti espressamente sottratto la disciplina delle società tra avvocati alla potestà regolamentare del Governo, ponendo una delega legislativa al fine di disciplinare, con fonte primaria, le suddette società. Il mancato esercizio della delega non priva l'art. 5 di ogni efficacia normativa: è infatti ormai superata, tanto in dottrina come nella giurisprudenza costituzionale (cfr. ex multis, sentenza n. 224/1990), la costruzione della legge di delegazione nei termini di una legge meramente formale, che esaurisce cioè la sua efficacia nei rapporti tra Governo e Parlamento. Piuttosto, è da riconoscersi alla disposizione delegante – pur in assenza del successivo decreto delegato – un'efficacia normativa propria, anche sul piano materiale e anche con riferimento alla vis abrogans della disposizione delegante nei confronti di disposizioni previgenti con essa incompatibili. Nel caso che ci occupa, in particolare, resta salva la volontà del legislatore di assoggettare le società tra avvocati ad una disciplina speciale rispetto a quella delle società tra professionisti di cui all'art. 10 della legge n. 183/2011 e al d.m. n. 34/2013, e di farlo con una fonte di rango primario. La circostanza che non sia stata esercitata la delega nel*

termine previsto non autorizza l'interprete a forzare il quadro normativo, che deve essere ricostruito ed interpretato, per quanto concerne le società tra avvocati in modo conforme alle previsioni della legge n. 247/2012."

In realtà il problema deve porsi, piuttosto che con riferimento alla L. 183/2011, con riferimento alla previgente disciplina, di cui al D.Lgs. 96/2001.

Ove, infatti, non si condivida l'interpretazione proposta dal CNF, e si ritenga applicabile, fino all'emanazione del decreto delegato in materia, la L. 183/2011, deve ritenersi applicabile anche il comma 9 dell'art. 10 di detta legge il quale, come detto, fa salvi i "modelli societari" previgenti rimandando, in sostanza, per la società tra avvocati, alla disciplina del D.Lgs. 96/2001.

Ma, anche aderendo all'impostazione del CNF, inapplicabile alla società tra avvocati la normativa di cui alla L. 183/2011, resta da valutare se la portata "abrogante" dell'art. 5 della L. 247/2012 si estenda anche alla norma previgente in tema di società tra avvocati, cui la norma delegante non sembra far alcun riferimento espresso in senso derogatorio.

Anzi, la lettura dei principi entro i quali è contenuta la delega al Governo sembrerebbe legittimare un'interpretazione opposta, dal momento che molte delle previsioni dell'art. 5 della L. 247/2012 ricalcano, come visto, in buona sostanza, quanto previsto dal D. Lgs. 96/2011; e soprattutto, in tal senso deporrebbe l'argomento testuale ricavabile dalla lettera n) dell'art. 5 della legge 247/2012 che, nel disporre che il decreto delegato dovrà *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*" sembra chiaramente lasciar trasparire la volontà del legislatore che detto decreto resti in vigore per tutto quanto non concretamente derogato dalla nuova disciplina (il che, in sostanza, comporterebbe la piena vigenza del primo in assenza della seconda).

Personalmente, dovendo indicare un percorso operativo sicuro, riterrei che, al momento, la costituzione di una società tra avvocati sia sconsigliabile, anche a voler ritenere applicabile la disciplina del D.Lgs. 96/2001; l'auspicio, ovviamente, è che il Governo provveda quanto prima all'adozione del decreto delegato fornendo così all'interprete dei saldi appigli normativi ai quali fare riferimento per la soluzione del problema.

4. LE SOCIETÀ DI REVISIONE LEGALE

Il D. Lgs. 39 del 27/01/2010, di riforma del sistema della revisione legale dei conti in attuazione della direttiva CE 2006/43, prevede espressamente che possano esercitare l'attività di revisione legale dei conti, oltre alle persone fisiche in possesso dei relativi requisiti, le società che siano iscritte nell'apposito Registro, stabilendo che tale iscrizione sia consentita alle società che rispettino determinate caratteristiche:

- in caso di costituzione in forma di società di persone, è prescritta la *“maggioranza numerica e per quote dei soci costituita da soggetti abilitati all'esercizio della revisione legale in uno degli Stati membri dell'Unione europea”*;

- in caso di costituzione in forma di società di capitali, è prescritto che i soggetti abilitati alla revisione dispongano, invece, della maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria; è inoltre prescritto che, nel caso di costituzione in forma di Spa o di Sapa, le azioni debbano essere nominative e non trasferibili mediante girata;

- la maggioranza degli amministratori deve essere scelta tra i Revisori Legali, tutti i componenti dell'organo amministrativo devono essere in possesso di particolari requisiti di onorabilità definiti con regolamento ministeriale e, in ogni caso, i responsabili della revisione legale sono persone fisiche iscritte al Registro. Ai requisiti previsti dall'articolo 2 in via generale deve poi aggiungersi il requisito negativo di cui all'art. 10 del D.Lgs. 39, secondo cui la società di revisione che effettua la revisione legale dei conti di una società deve essere indipendente da questa e non deve essere in alcun modo coinvolta nel suo processo decisionale.

L'attività di revisione legale, oggetto della società, trova una propria definizione nell'art. 1 del decreto secondo cui essa è *la revisione dei conti annuali o dei conti consolidati effettuata in conformita' alle disposizioni del presente decreto legislativo o, nel caso in cui sia effettuata in un altro Stato membro dell'Unione europea, alle disposizioni di attuazione della direttiva 2006/43/CE vigenti in tale Stato membro”*.

Sulla natura di tale attività non vi è unanimità di vedute; nonostante alcune voci contrarie¹³, sembra, tuttavia, preferibile ritenere che l'attività svolta da dette società non si esaurisca nell'attività professionale propria del dottore o ragioniere commercialista, ma si sostanzi nella prestazione di un servizio diverso e più complesso, costituito dall'espletamento di una serie di attività rispetto alle quali le prestazioni d'opera intellettuale hanno carattere strumentale.¹⁴

6 I MODELLI PREESISTENTI DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DELLA L. 183/2011

Come anticipato all'inizio del presente lavoro, il comma 9 dell'articolo 10 della L. 183/2011 espressamente prevede che *“restano salve le associazioni professionali, nonché i diversi modelli societari già vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge”*; con analoga previsione, il comma 2 dell'art. 2 del DM 34/2013 prevede che *“per le associazioni professionali e le società tra professionisti costituite secondo modelli vigenti alla data di entrata in vigore della legge...183/2011...resta ferma l'applicazione dell'articolo 10, comma 9, della medesima legge”*.

¹³ BUSSOLETTI, le società di revisione; PAVONE LA ROSA, Riv. Soc. 1998

¹⁴ In tal senso G.F. CAMPOBASSO e A. ROSSI, revisione contabile.

Opportunamente la legge, parlando di “modelli societari” già vigenti, sgombra il campo dal dubbio circa la portata della salvezza: ad essere “salve” non sono le singole società già costituite sotto la previgente normativa, ma i “modelli” da questa disciplinati.

Ne deriva che le normative di settore che già disciplinavano fenomeni societari tra professionisti non sono derogate dalla L. 183/2011 e continuano ad esplicare la propria efficacia.

Sul punto, la relazione illustrativa al decreto, ha rilevato che *“il Consiglio di Stato, nell’esprimere il previsto parere (n. 3127/2012 adunanza della Sezione consultiva degli atti normativi del 7 giugno 2012) conferma che la fonte regolamentare non investe la disciplina delle associazioni professionali, né delle società tra professionisti costituite secondo modelli esistenti anteriormente alla legge n. 183/2011”, ed ha pertanto chiarito che il testo dell’art. 2 del regolamento è stato all’uopo “riformulato, in adesione alle indicazioni contenute nel citato parere, richiamando il valore precettivo del comma 9 dell’articolo 10 della legge di stabilità 2012 (come modificato dall’articolo 9 - bis, comma 1, lettera e), del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1), il quale fa salve le associazioni professionali ed i modelli societari già vigenti alla data di entrata in vigore della medesima legge”, traendone la conclusione che, pertanto, ad esempio, “resta immutato il regime delle società di ingegneria, come disciplinate dall’articolo 90, comma 2, lettera b) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che sono costituite nelle forme codicistiche della società di capitali o della società cooperativa, senza che, per tali modelli già previsti dall’ordinamento, valgano i limiti di partecipazione al capitale, da parte di soci non professionisti, come invece espressamente stabilito dall’articolo 10, comma 4, lettera b), della legge n. 183/2011”.*

Il tenore della relazione sgombra il campo da qualsiasi dubbio e legittima l’interprete all’utilizzo pieno e senza riserve delle opzioni offerte dalle singole leggi che già regolamentavano lo svolgimento di determinate attività professionali in forma societaria.

Tuttavia, non può non rilevarsi come proprio l’esempio utilizzato dagli estensori della relazione sia piuttosto infelice: si è già chiarito come il fenomeno delle società di engineering (o di ingegneria in senso improprio) non costituisca una deroga al divieto dell’esercizio della professione in forma societaria, essendo l’attività esercitata da tali società una attività di impresa in senso proprio non assimilabile all’attività professionale svolta dai soci ed organizzata in un contesto più ampio dalla società.

Se, come sembra di aver chiarito, le società di engineering non sono società di professionisti nel senso stretto del termine, nessuna salvezza espressa era necessaria da parte del legislatore perché l’interprete potesse addivenire, rispetto ad esse, ad analoga conclusione.

Analogamente si può ragionare con riferimento alle società di revisione legale, le quali condividono con le società di engineering la caratteristica di non esercitare un’attività meramente professionale e che, come le prime, potevano ritenersi lecite nel nostro ordinamento già prima ed a prescindere da una specifica regolamentazione positiva, la quale assolve piuttosto allo scopo di disciplinarne i requisiti in determinate situazioni (per le società di ingegneria: quando siano affidatarie di commesse pubbliche) o per determinati motivi (per le società di revisione: in considerazione del particolare e delicato controllo che sono chiamate ad effettuare).

Piuttosto, relativamente ai settori in cui operano le predette società, bisogna ragionare in senso negativo: chiedersi, cioè, se la salvezza delle normative previgenti significhi inutilizzabilità, per i professionisti dei settori interessati, della nuova normativa.

L'idea che mi sembra più conforme allo spirito della riforma è che il comma 9 dell'art. 10 della L. 183/2011 vada interpretato nel senso che, oltre a ritenersi non abrogate le normative di settore previgenti, esse debbano anche considerarsi prevalenti sulla normativa della riforma: in altri termini, il legislatore ha voluto che, ove l'esercizio di una professione in forma societaria sia stato già disciplinato, si continui a far riferimento alla normativa esistente, escludendo l'applicabilità della normativa generale.

Ragionando in termini differenti, infatti, si dovrebbe ammettere che, per le professioni il cui esercizio in forma societaria era già autonomamente regolamentato, sia possibile costituire due differenti tipi di società professionali, facendo applicazione alternativa delle norme proprie di settore o della normativa generale di cui alla L. 183/2011. Con l'aberrante conseguenza che si svuoterebbe una delle due previsioni di ogni significato, essendo fin troppo facile preconizzare che nella pratica si farebbe ricorso a quello dei due regimi che, nel singolo caso, preveda limiti meno stringenti.

In questi termini, comunque, e con riferimento ai principali modelli preesistenti, oggetto della precedente attività ricognitiva, il problema è più teorico che pratico.

La natura delle società di engineering e di revisione legale, per le cose innanzi dette, porta a ritenere che la salvezza dei modelli ad esse relativi non significhi che detti modelli debbano ritenersi esclusivi, senza contraddire l'interpretazione innanzi fornita del comma 9 dell'art. 10 della L. 183/2011.

Sarà, cioè, ben possibile che ingegneri e/o architetti, o revisori contabili, costituiscano delle società tra professionisti, ai sensi della L. 183/2011, per lo svolgimento in comune dell'attività professionale, dal quale altrimenti sarebbero ingiustificatamente esclusi dal momento che i "modelli societari" già vigenti, in detti settori, sono modelli che hanno riguardo allo svolgimento di un'attività diversa da quella meramente professionale.

Per le società tra avvocati, è evidente che il comma 9 dell'art. 10 della L. 183/2011 cesserà di trovare applicazione non appena sarà adottata la nuova disciplina delegata, la quale, intervenendo successivamente, si porrà quale *lex specialis* e derogatoria rispetto alla riforma; nelle more, comunque, si è già chiarito che, seppur si può ragionevolmente sostenere la vigenza della normativa preesistente (di cui al D. Lgs. 96/2001), non si pone un problema di conflitto della stessa con la L. 183/2011 che deve ritenersi inapplicabile in forza della valenza positiva (e derogatoria) della legge di delega – pur se ancora inattuata -.

Discorso differente può svolgersi per i farmacisti, rispetto ai quali è difficile, per non dire impossibile, immaginare un ambito di attività professionale diverso da quello di "gestione di una farmacia", già disciplinato dalla normativa esaminata in precedenza, la cui esistenza preclude l'applicabilità della L. 183/2011.

