

PRESTAZIONI D'OPERA INTELLETTUALE E REGOLE DELLA CONCORRENZA

Di Vincenzo Putortì

Professore associato di Diritto privato dell'Università di Firenze

Prestazioni d'opera intellettuale e regole della concorrenza
(Vincenzo Putortì)

SOMMARIO: 1. I termini del problema - 2. Le prestazioni protette. Profili qualificativi dell'attività di consulenza - 3. Prestazioni intellettuali e attività d'impresa: la normativa di origine interna - 4. Le indicazioni di fonte comunitaria: la normativa sui servizi - 5. I recenti orientamenti della Corte di Giustizia in tema di tariffe professionali e di comunicazioni pubblicitarie - 6. L'esercizio in forma societaria delle prestazioni intellettuali - 7. Considerazioni conclusive

1. I termini del problema

Particolarmente vivo, negli ultimi tempi, si presenta il dibattito sul ruolo che le prestazioni d'opera intellettuale rivestono nell'ambito del più ampio contesto dei servizi e, in generale, delle attività economico-imprenditoriali¹. Ciò soprattutto alla luce dei recenti interventi normativi e degli orientamenti giurisprudenziali nazionali e comunitari che pongono problemi di particolare complessità sia nell'esperienza nazionale che in quella di molti altri ordinamenti giuridici europei².

¹ Il rapporto del Commissario europeo Mario Monti su una "Nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea" e il "Programma di Stoccolma", consultabili al sito www.europa.eu, indicano il settore dei servizi professionali tra quelli nei quali il mercato unico, senza sacrificare le culture e le tradizioni nazionali, deve estendere il suo raggio d'azione.

² Cfr. G. ALPA, *La disciplina comunitaria e la natura delle norme deontologiche*, in *Rass. Forense*, 2006, pag. 1 ss., che

Il legislatore del '42, sulla scia dei mutati riferimenti culturali, sociali e giuridici che hanno interessato le attività intellettuali nel secolo scorso³, ha

sottolinea come le professioni intellettuali, considerate tradizionalmente espressione del lavoro indipendente, siano oggi sempre più informate a criteri mercantilistici, assimilate ai servizi, sottoposte alle regole della concorrenza, e condizionino la stessa disciplina dei rapporti tra professionista e cliente.

³ Sotto la vigenza del codice civile del 1865 si discuteva se le prestazioni professionali fossero sottratte alla disciplina contrattuale, oppure rientrassero nell'ambito del mandato, quale negozio presuntivamente gratuito ex art. 1739 c.c. (sul rapporto tra mandato e opera intellettuale, vedi F. ALCARO, *Mandato e attività professionale*, Milano, 1988, p. 25 ss). In particolare, sulla scia della dottrina francese (cfr. H.L. MAZEAUD- J MAZEAUD, *Leçon de droit civil*, V, Paris 1980, p. 746), che si richiamava al diritto romano e al diritto comune (Cfr DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari, 1963, p. 63 ss) si tendeva ad escludere la riconducibilità delle opere liberali allo schema della locazione, in quanto quest'ultimo era un contratto a titolo oneroso, frutto del materialismo e dell'industrialismo, che mal si conciliava con la dignità e onorabilità delle attività intellettuali (A.PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e pro-*





collocato queste ultime nell'ambito del lavoro autonomo, destinando per l'esercizio delle stesse il contratto d'opera intellettuale. In tal modo, da un lato, ha codificato la contrattualità e l'onerosità di siffatte prestazioni, differenziandole dalle originarie *operae liberales*⁴; dall'altro ha dettato specifiche norme tese a sottrarre dette attività alla normativa di diritto comune⁵. Mutamento, questo, che è divenuto sempre più significativo, viste le recenti tendenze normative interne e comunitarie che, andando oltre la predetta omologazione e introducendo indubbi elementi di novità, sembrano aver spinto le professioni intellettuali nel più ampio contesto dei servizi professionali, sottoponendole alle regole della libera concorrenza.

Basta pensare che in sede di ricognizione dei principi fondamentali vigenti in tema di professioni intellettuali, l'esercizio dell'attività professionale è ritenuto "espressione del principio della libertà di iniziativa economica"⁶ che deve svolgersi "nel ri-

spetto della disciplina statale della concorrenza, ivi compresa quella delle deroghe consentite dal diritto comunitario [...] della riserva di attività professionale, delle tariffe, e dei corrispettivi professionali, nonché della pubblicità professionale"⁷. Principio che è stato ribadito nella normativa di attuazione della Direttiva comunitaria sui servizi, dove si conferma l'assimilazione dell'attività intellettuale ai servizi professionali e si sottolinea l'esigenza "di garantire la libertà di concorrenza ed un livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità ai servizi per i consumatori finali"⁸.

Si pone così, in tutta la sua attualità, un tema che appare suscettibile di produttivi sviluppi, dal momento che, a tutt'oggi, non sembrano prospettarsi soluzioni univoche e consolidate. L'ampliamento dei mercati e la creazione di condizioni di correlazioni di fatto idonee ad abbattere le barriere che ostacolano la rapida diffusione del pensiero e della conoscenza ha profondamente inciso sul quadro economico-giuridico di riferimento, accrescendo le incertezze e i dubbi sulla struttura e sulle modalità di esercizio delle predette prestazioni. La c.d. rivoluzione informatica, attraverso il collegamento in rete mediale delle conoscenze e dei saperi complessi, ha non solo determinato una trasformazione della figura del prestatore d'opera intellettuale, correlandola alle esigenze di un'accresciuta specializzazione, ma ha reso altresì più pressante il bisogno di creare strutture organizzative efficaci ed efficienti, caratterizzate dall'apporto di specifiche e complesse competenze,

professioni intellettuali, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo, Mengoni t.1, Milano, 2002, p. 49 ss).

⁴ Cfr G. MUSOLINO, *La prestazione d'opera intellettuale tra istanze pubblicistiche e tutela del consumatore*, in *Riv. notar.* 1997, II, p. 761, che ripercorre i passaggi della graduale e progressiva commercializzazione delle attività intellettuali, le quali, sebbene inizialmente caratterizzate da un'originaria liberalità, sono state, prima *de facto*, e poi *de iure*, equiparate alle prestazioni dei lavoratori autonomi, in modo che fosse garantito al professionista una remunerazione per l'attività svolta.

⁵ F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1997, p. 3 e pp 18-19 mette in risalto come possano trovarsi ad operare nel medesimo "mercato" e ad offrire le medesime prestazioni (es. attività legali stragiudiziali, attività di consulenza aziendale o contabile) soggetti che essendo iscritti agli Albi professionali sono vincolati al rispetto di tariffe minime e soggetti che, non essendo iscritti, possono competere con i primi richiedendo ai clienti un compenso minore.

⁶ A differenza da quanto previsto nella Carta di Nizza - inserita nel Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 - che distingue la libertà professionale (art. 15) dalla libertà di impresa (art. 16), l'art. 2 del D. lg. 2 febbraio 2006 n° 30 inquadra la libertà professionale nel principio di libertà di iniziativa economica e non nell'ambito del lavoro. Il predetto decreto, recante norme sulla "Ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni", contiene inoltre una serie di criteri che valgono come cornice per le leggi regionali. Esso, in particolare, individua i principi fondamentali in materia di professioni nella libertà professionale, nella regola di non discriminazione (per ragioni sessuali, razziali, religiose politiche o derivanti da condizioni personali o sociali), in quella di autonomia, da osservarsi anche nel caso di lavoro professionale dipendente, nella distinzione tra attività regolamentate o tipiche e altre attività (art. 2), nella tutela della concorrenza e del mercato, temperata dalle deroghe consentite dal diritto comunitario della riserva di attività professionale, delle tariffe, dei corrispettivi professionali e della pubblicità professionale (art.3), nelle regole di accesso alle professioni (art. 4) ed in quelle che disciplinano l'esercizio dell'attività professionale (buona fede, affidamento del pubblico e della clientela, correttezza, tutela degli interessi pubblici, ampliamento e specializzazione dell'offerta di servizi, autonomia e responsabilità del professionista) (art. 5). Sul tema vedi

G. ALPA, *Con i nuovi principi sulle professioni meno spazi ai conflitti tra Stato e Regioni*, in *Guida dir.* 2006, n°13 p. 12.

⁷ Il riferimento è agli artt.2 e 3 d. leg. 2 febbraio 2006 n° 30, all'art. 24 della l. 266/1997 e all'art. 2 L. 4 agosto 2006 n° 248 che ha convertito il d.l. 4 luglio 2006 n°233.

⁸ Cfr. il d. lg. 26 marzo 2010 n°59 che ha attuato la Direttiva 123/2006 (ex direttiva Bolkestein) tesa a realizzare un mercato comune dei servizi all'interno dell'Unione Europea. Entrambe le normative, oltre a regolare le condizioni di ammissibilità delle comunicazioni commerciali e delle attività multidisciplinari, la responsabilità professionale e gli adempimenti amministrativi, disciplinano la libera prestazione di servizi in regime occasionale e l'esercizio di attività professionale in regime di stabilimento, facendo salve le disposizioni contenute nella Direttiva n° 36/2005, attuata con il d. lg. 206/2007, in tema di professioni regolamentate. In particolare, l'art. 1 del decreto 59/2010, nel far salve le attività espressamente previste dagli art. 3 e 7, sancisce che la normativa in esso contenuta si applica "a qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione, diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione a carattere intellettuale", al fine di "garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità e il corretto ed uniforme funzionamento del mercato". Mentre l'art. 10 stabilisce che "l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie".

adattabili alle diverse situazioni in cui ha luogo lo svolgimento dell'attività.

In particolare, l'espansione della domanda di nuove prestazioni professionali ha comportato un progressivo ampliamento delle conoscenze richieste per poter offrire risposte adeguate alle nuove e concrete istanze che provengono dalla recente realtà socio-economica e, nel contempo, ha generato un diverso approccio metodologico-organizzativo da parte dei professionisti, vista la necessità di individuare, in tempi rapidi, soluzioni articolate, spesso basate su saperi complessi e specialistici. Di qui l'abolizione del divieto di costituzione di società multidisciplinari⁹ e le più recenti posizioni della giurisprudenza che sottolineano come la mutata realtà esiga nuove forme di collaborazione tra operatori economici e professionali da attuarsi tramite "interventi interdisciplinari e specifiche forme collaborazione di dimensioni sempre più vaste", in modo da poter soddisfare "le esigenze organizzative imposte dai nuovi mercati"¹⁰.

Si comprende in tal modo perché l'attività intellettuale sia oggi divenuta la *species* più avanzata del *genus* lavoro autonomo e ponga agli interpreti l'esigenza di una più attenta e rinnovata considerazione¹¹, anche per la crescente e rapida diversificazione delle prestazioni professionali che ha determinato una forte attenuazione dei loro tratti caratterizzanti, quali la prevalenza dell'elemento personale e fiduciario, la natura ideativa e creativa dell'opera ed il carattere etico e morale connesso alla funzione sociale della professione¹².

In realtà, se è indubbio che carattere ineliminabile dell'attività intellettuale continui ad essere il suo

contenuto ideativo e inventivo, tendendo essa alla individuazione della "soluzione di un problema mediante l'applicazione di un sapere"¹³, è però evidente che oggi, accanto alle professioni non ancora regolamentate o riconosciute, che hanno un indubbio carattere intellettuale¹⁴, ve ne sono altre, c.d. protette, che sono affatto prive della predetta natura ideativa o inventiva. Tant'è vero che, da tempo, si tende ad escludere dal novero delle attività intellettuali le prestazioni che, eseguite da soggetti iscritti ad un Albo o elenco, si fondano su conoscenze "economico-pratiche", hanno un contenuto prevalentemente imprenditoriale e sono finalizzate ad organizzare i fattori della produzione, senza richiedere "l'applicazione concreta di cognizioni tecniche e scientifiche"¹⁵.

Conseguentemente, se la natura intellettuale dell'attività rappresenta ancor oggi il fattore identificativo di una peculiare categoria di prestazioni, è altresì vero che essa, di per sé, non vale ad individuare, in maniera compiuta, la disciplina applicabile ad una determinata professione. Nel nostro sistema, infatti, il regime normativo previsto per le prestazioni intellettuali non è unitario, ma tende a diversificarsi e modellarsi sulla base della pluralità degli interessi implicati dalla natura e dalla funzione rivestita dalla professione. Interessi che sono plurimi e storicamente determinati, di guisa che il loro mutare sottende, in primo luogo, l'inevitabile esigenza di un costante adeguamento della legislazione alle ragioni che giustificano l'esercizio, in via esclusiva o plurima, dell'attività.

E' in questo quadro che si delinea l'importanza della distinzione tra professioni riservate e professioni non riservate, la quale, lungi dal costituire un mero riflesso della dicotomia attività professionale - attività d'impresa, assume, per contro, un autonomo e significativo rilievo sia nell'ordinamento interno che in ambito comunitario. E' ad essa - si vedrà - che si ricollegano i principali limiti all'operatività delle regole concorrenziali, ripetutamente denun-

⁹ L'art. 24 della l. 266/1997 e l'art. 2 del d. lg. 4 luglio 2006 n° 223 lett. c) hanno espressamente abolito il divieto "di fornire all'utenza servizi professionali di tipo interdisciplinare da parte di società di persone o associazioni tra professionisti[...]". Cfr. P. SCHLESINGER, *Abolito il divieto dell'esercizio in forma societaria di attività professionali*, in *Corr. giur.*, 1997, p.1369.

¹⁰ T.A.R. Lazio, 28 marzo 2002 n° 4734.

¹¹ Sin dai lavori preparatori, la prestazione d'opera nell'esercizio di professioni intellettuali ha rappresentato il punto centrale nell'ambito del lavoro non subordinato, anche se poi è stata collocata quale *species* del tipo generale lavoro autonomo (F. SANTORO PASSARELLI, voce *Professioni intellettuali*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IIV, Torino, 1987, p. 23 ss). Il che non ha impedito al contratto d'opera professionale di divenire la forma più moderna dell'attività produttiva svolta in modo autonomo, vista la rilevanza assunta dai servizi (M. MAGNANI, *Della riforma dei servizi professionali alla luce delle disposizioni comunitarie*, in *Rass. giur. san.*, 2009, p. 304, fasc.303-304, p. 7).

¹² Tradizionalmente, infatti, le professioni intellettuali sono state distinte dalle attività imprenditoriali proprio per la particolare considerazione sociale che le contraddistingueva e che si è tradotta, sul piano normativo, in uno statuto professionale dell'attività diverso da quello dell'imprenditore commerciale. G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di Diritto commerciale*, Torino, 2007, I, p. 40

¹³ N. IRTI, *Gli errori dell'Antitrust sulle libere professioni*, in *Italia oggi* del 14 ottobre 1007, p. 27

¹⁴ Emblematico è il caso dei grafologi le cui conoscenze scientifiche, secondo i più recenti contributi, sono in grado di determinare non solo il carattere e le condizioni psichiche e morali di una persona, le sue capacità relazionali, le sue attitudini reali e potenziali, ma anche alcune patologie neurologiche e cardiovascolari. Cfr. *Grafologia: la parola ai medici*, in *Scienze umane e grafologia*, 14,2004; 21-22, 2005. L. TORBIDONI, *Grafologia, testo teorico-pratico*, Brescia, La Scuola, 2001

¹⁵ Si pensi, ad esempio, all'attività degli agenti o rappresentanti di commercio, per i quali si è sollevata questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 3,4, e 41 Cost., (Corte Cost. 25 marzo 1976, n°59 in *Foro it.* 1976, I, p. 982, con nota critica di A. PIZZORUSSO), oppure agli amministratori di società (cfr. Cass. 11 aprile 1983 n.2542, in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 176, che ha escluso il carattere intellettuale della prestazione).



ciati dalla Corte di Giustizia e dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato. Non solo, ma è proprio a tale distinzione che si riconduce il superamento del modello tradizionale incentrato sull'indissolubilità del rapporto prestazione professionale- contratto d'opera intellettuale, essendosi dimostrato come le attività intellettuali non riservate possano costituire oggetto di schemi contrattuali differenti - quali, ad esempio, il lavoro gestorio¹⁶ - ed essere esercitate utilizzando tipologie organizzative di natura associativa diverse rispetto a quelle previste per le attività protette.

2. Le prestazioni protette. Profili qualificativi dell'attività di consulenza.

L'indice normativo sul quale generalmente si fonda la distinzione tra attività intellettuali libere e prestazioni professionali c.d. protette o riservate, è costituito dalle norme poste dagli artt. 2229 ss c.c., che, da un lato, dettano una peculiare disciplina in ordine all'accesso e all'esercizio dell'attività professionale, interdicensi lo svolgimento della stessa a coloro che sono privi di una specifica abilitazione e non sono iscritti ad un Albo (o sono stati espulsi)¹⁷; dall'altro, sanciscono il carattere rigorosamente personale della prestazione con tutte le restrizioni che da ciò derivano anche in tema di esercizio associato della professione¹⁸.

¹⁶ F. GALGANO, *L'impresa. Le società*, in *Tratt. dir. civ. comm.* vol. III, t.1., Bologna, 2006, pp. 16- 17 rileva come gli esercenti professioni intellettuali non protette "possano ritenersi liberi di adottare schemi contrattuali [...] di scegliere le forme giuridiche del contratto di appalto (art. 1665), svincolate tanto dal principio dell'esecuzione personale della prestazione, quanto quello della determinazione autoritativa del corrispettivo"

¹⁷ Corte Cost. 21 luglio 1995 n°345 in *Giust. civ.*, 1995,I, p.289 e, risalendo nel tempo, Corte Cost. 22 gennaio 1976 n.59, in *Giur. comm.* 1976 II, p., 143, con nota di F. SANTONASTASO, *Società tra professionisti e società di progettazione industriale* che ha individuato gli indici delle prestazioni protette nell'obbligo di iscrizione in un Albo o elenco sulla base di titoli abilitativi o autorizzativi, ovvero di altri requisiti accertati da Ordini, Collegi o Associazioni sotto la vigilanza dello Stato.

¹⁸ Sul tema vedi: Corte Cost. 21 giugno 1999 n° 5, in *Giust.civ.*, 1999, I, p. 636, che ha chiarito come l'esame di Stato, diretto a verificare l'idoneità tecnica di chi, avendo i requisiti richiesti, intenda accedere alla professione ottenendo l'iscrizione nell'apposito Albo, sia obbligatorio, salvo i casi in cui vi sia stata "una verifica di idoneità tecnica e sussistano apprezzabili ragioni che giustificano l'eccezione. Si noti peraltro che l'individuazione delle figure professionali e l'istituzione di nuovi o diversi Albi per l'esercizio di attività intellettuali sono ancora oggi riservate esclusivamente allo Stato nell'esercizio della propria competenza concorrente, ai sensi dell'art. 117 III° comma Cost. Si è rilevato (Corte Cost. 20 giugno 2008 n°222, in *Foro amm.*, CDS, 2008, 6, p.1693) infatti che, ai sensi di tale norma, "competere sempre allo Stato, come espressione della propria competenza concorrente, il settore in cui si esplica una determinata professione e la determinazione dei principi fon-

La predetta normativa, unitamente alle previsioni contenute nelle leggi che determinano le competenze professionali, pur delineando i caratteri delle prestazioni riservate, non sempre consentono, però, di individuare le ragioni giustificative della protezione. Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale, occorre che tali disposizioni siano valutate alla luce dei principi "di concorrenza parziale e interdisciplinarietà", che si pongono alla base del nostro sistema proprio per "l'accresciuta e sempre maggiore complessità degli interessi sottesi all'esercizio delle attività professionali", alla cui tutela deve intendersi esclusivamente "diretto e subordinato l'accertamento e il riconoscimento nel sistema degli ordinamenti di categoria della professionalità specifica di cui all'art. 33 V comma Cost."¹⁹.

Principio, questo, che poggia su una valutazione funzionalmente preordinata a selezionare gli interessi pubblici sottesi al concreto svolgimento dell'attività intellettuale, in modo da far sì che l'esercizio in via riservata di una determinata prestazione sia circoscritto alle sole ipotesi nelle quali si richiede "un livello di preparazione e di conoscenza particolarmente elevato", poiché l'attività "incide direttamente su principi e valori costituzionalmente protetti"²⁰. Per tale ragione, i più recenti testi normativi stabiliscono che le deroghe consentite dal diritto comunitario al principio della libera concorrenza devono essere legate a "motivi imperativi di interesse generale o ad interessi pubblici"²¹,

damentali della relativa disciplina", dal momento che detta competenza "è ispirata all'esigenza di dare alle varie discipline uniformità sul piano nazionale". Mentre la competenza legislativa regionale può esercitarsi solo in via additiva e di sostegno alle professioni individuate e definite dalla legge statale e mai in senso modificativo o integrativo.

¹⁹ Corte Cost. 26 ottobre 2000, n°441, in *Giur. it.*, 2001,I, p. 437; Cons. Stato, sez.II, parere 448/2001 hanno evidenziato come la norma di cui all'art. 33 Cost. richieda che l'esercizio di attività rivolte al pubblico avvenga in base a conoscenze sufficientemente approfondite ed a un correlato sistema di controlli di tali conoscenze per tutelare l'affidamento della collettività in ordine alle capacità di professionisti le cui prestazioni "incidono in modo particolare su valori fondamentali della persona. Così come avviene, ad esempio, per l'attività medica che incide sul diritto alla salute e sull'integrità psico-fisica delle persone, per la professione forense che coinvolge il diritto di difesa dei cittadini e per le attività degli ingegneri, geologi, architetti che hanno diretto riguardo alla sicurezza delle persone, al dissesto territoriale e ai pericoli sismici.

²⁰ Cfr. l'art. 3 l° comma l. 2 febbraio 2006 n° 30; l'art. 2 l. 4 agosto 2006 n° 248, che ha convertito il d.l. 4 luglio 2006 n°233 (c.d. decreto Bersani) ed il d. l. 26 marzo 2010 n°59, che ha attuato la Direttiva comunitaria 123/2006 sui servizi.

²¹ L'art. 3 del d l. 2 febbraio 2006 n°30, dettato in tema di "Riconoscimento dei principi fondamentali in tema di professioni", nell'enunciare tra i principi fondamentali la "tutela della concorrenza e del mercato", dispone che le previsioni in esso contenute vanno coniugate con le deroghe consentite dal diritto

che non solo attribuiscono rilievo alla specificità delle singole professioni, ma valgono altresì a temperare il principio di tutela della concorrenza e del mercato²².

La “riserva”, quindi, deve essere diretta a salvaguardare non già gli interessi corporativi degli Ordini, dei Collegi professionali, o degli esponenti degli stessi bensì quelli di natura pubblicistica e dei privati cittadini tesi ad ottenere prestazioni professionali corrispondenti a determinati *standards* qualitativi. Di qui l’interpretazione delle sfere di competenza professionale tracciate in chiave non di “generale esclusività monopolistica”, ma di eccezionalità rispetto ai principi del libero esercizio della professione²³. Non solo, ma la giurisprudenza di legittimità nel ribadire che la riserva prevista per determinate attività intellettuali non può che riguardare le sole prestazioni espressamente menzionate dalla legge professionale, ha precisato che tutte le altre attività sono “liberamente eseguibili in virtù del principio di libertà di impresa di servizi”²⁴. Così inquadrando l’attività professionale nell’ambito della libertà di iniziativa economica, in linea con quanto previsto nei più recenti testi normativi comunitari²⁵.

E’ questa una conclusione la cui portata – si vedrà – deve essere però attentamente valutata, poiché,

comunitario a tutela di interessi pubblici costituzionalmente garantiti o per ragioni imperative di interesse generale, e dalla “riserva di attività professionale delle tariffe e dei corrispettivi professionali, nonché della pubblicità professionale”.

²² Si è di recente osservato (G. VETTORI, *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. Concorrenza e regolazione*, in *Pers. Merc.*, 2010 p. 195) come il principio del libero mercato, oggi, non possa più essere inteso in contrapposizione allo Stato, ma vada contestualizzato nell’ambito dell’attuale ordinamento giuridico, poiché “l’alternativa non è più fra Stato e mercato, ma all’interno dello Stato, fra protezione sociale e mercato che non è certo forza spontanea, ma motore di sviluppo da regolare”.

²³ Corte Cost. 21 luglio 1996 n.418, in *Foro amm.*, 1997, 1342 con nota di E. CARDILLO, *La Corte Costituzionale sulle competenze dei dottori commercialisti*; Corte Cost. 21 luglio 1995 n°345 cit.

²⁴ Cfr. Cass. 11 giugno 2010 n°14085, in *De iure*, che ha sottolineato come le attività intellettuali per le quali la legge non richiede espressamente l’iscrizione ad un Albo o una specifica abilitazione, possano essere svolte da chiunque, non potendosi comprimere gli spazi di libertà di espressione di lavoro autonomo e di libertà di impresa”. Cfr. Corte Cost. 29 ottobre 2009 n°271, in *De iure*, che, nel precisare i limiti della competenza concorrente tra stato e Regioni, ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. e) Cost., ha affermato che rientrano nella esclusiva competenza statale le deroghe al principio della libera concorrenza che il legislatore intende apportare in materia di libere professioni”

²⁵ Gli artt.2 e 3 d leg. 2 febbraio 2006 n° 30 e l’art. 2 L. 4 agosto 2006 n° 248 che ha convertito il d.l. 4 luglio 2006 n°233 (c.d. decreto Bersani) e il d. lg. 26 marzo 2010 n°59, che attuato la Direttiva 123/2006, inquadrano infatti la libertà professionale nel principio di libertà di iniziativa economica.

in questo settore, non si può procedere attraverso astratte e assolute generalizzazioni tese ad inquadrare tutte le prestazioni intellettuali nell’ambito dell’attività di impresa. Come si avrà modo di precisare in seguito, si tratta di un tema complesso e articolato che si prospetta in modo non affatto omogeneo, visto che ogni professione ha una propria specificità che giustifica una peculiare disciplina²⁶. Ne segue che, se per i gruppi professionali che operano nel mercato come vere e proprie categorie imprenditoriali, ispirandosi a logiche tipicamente mercantili, non vi sono motivi ostativi ai fini dell’applicazione delle regole della libera concorrenza²⁷, per molte altre prestazioni, invece, data la loro complessità tecnico scientifica e l’alta rilevanza degli interessi coinvolti, si rende necessaria la previsione di apposite regole, e dunque la fissazione di un sistema di deroghe ai principi del libero mercato qual è quello ancora oggi contenuto in molti testi comunitari e di diritto interno.

In realtà, si è da tempo chiarito che l’indicazione delle attività protette contenuta nelle leggi professionali non ha natura esemplificativa e aperta, ma è tipica ed eccezionale, di guisa che possono includersi tra le prestazioni riservate solo quelle espressamente contemplate dalle leggi professionali. Si spiega così, da un lato, perché tali previsioni si pongano quali deroghe ai principi di libertà di lavoro autonomo e della libera concorrenza; dall’altro perché, ad esempio, l’unica attività attualmente riservata agli Avvocati sia quella “di rappresentanza, assistenza e difesa delle parti in giudizio, e comunque di diretta collaborazione con il giudice

²⁶ Si è osservato (G. ALPA, *Relazione inaugurale dell’anno giudiziario presso il Consiglio nazionale Forense*, in *Rass. for.* 2008,I, p. 16 e p. 21) che l’equiparazione tra attività professionale e attività d’impresa “non può significare uniformità di disciplina, pena la scomparsa dell’attività professionale in sé e per sé considerata”. L’A. rileva come l’attività forense, ad esempio, si distingua da altre professioni intellettuali per essere correlata al diritto di difesa - che presuppone una relazione di fiducia assai stretta tra professionista e cliente tale da giustificare il principio del segreto professionale- e per essere sottoposta a regole deontologiche rigorose la cui osservanza è rimessa in prima istanza al Consiglio disciplinare dell’Ordine, che può anche radiare dall’Albo il professionista.

²⁷ Il riferimento è soprattutto agli agenti e rappresentanti di commercio, che sono considerati imprenditori ausiliari ex art. 2195 c.c (Cass. 22 dicembre 1978 n.6151; Cass. 20 aprile 1993 n. 4651), ai mediatori (Cass. 9 marzo 1984 n.1637), ai mediatori marittimi e ai raccomandatari marittimi, che sono qualificati imprenditori dallo stesso legislatore, ai mediatori di assicurazione, agli agenti di assicurazione (Cass. 22 aprile 1991 n. 4334) e agli spedizionieri doganali là dove la loro attività si inserisca quale componente di una più vasta attività svolta nell’ambito di un’organizzazione di tipo imprenditoriale, diretta all’acquisizione ed esecuzione di contratti di spedizione (Cass. 17 giugno 1982 n.3679).



nell'ambito del processo²⁸. Mentre possono essere svolte anche da soggetti non appartenenti all'Ordine, privi di una specifica abilitazione, le prestazioni riguardanti l'accertamento e la difesa dei diritti in ambito extraprocessuale, quali l'assistenza e la consulenza²⁹, la predisposizione di atti preparatori all'attività giudiziale e la rappresentanza e assistenza nella conciliazione stragiudiziale³⁰. Ciò in virtù dei ricordati principi di libertà di lavoro autonomo e di libertà di impresa di servizi che consentono ad ogni persona di svolgere tutte le attività non espressamente riservate agli appartenenti ad una determinata categoria professionale, comprese quelle "normalmente esercitate da professionisti iscritti agli Albi e per le quali nella tariffa è menzionata un'apposita voce che indica il compenso"³¹.

Così, pure, particolarmente vasto risulta il campo delle prestazioni liberamente esercitabili da coloro che operano nel settore tributario, commerciale, economico e finanziario. Basti pensare, ad esempio, alle ampie competenze dei ragionieri, dei periti commerciali e dei dottori commercialisti, che possono assistere e rappresentare i contribuenti presso gli uffici finanziari, nonché redigere contratti e sta-

tuti di società, essere nominati arbitri e rappresentare e difendere le parti dinanzi ai Collegi arbitrali³².

Inoltre, se si eccettua il ristretto ambito delle attività il cui esercizio richiede comunque l'iscrizione ad un Albo³³, ancor più numerose sono le prestazioni che, in detti settori, possono essere svolte da soggetti privi di una formale e specifica abilitazione³⁴. Emblematiche sono le ipotesi relative alla contestazione stragiudiziale degli avvisi di pagamento per le imposte dirette e indirette, alle transazioni e negoziazioni bancarie, alla tenuta della contabilità fiscale, dei libri sociali, alla elaborazione dei dati contabili mediante apparecchiature elettroniche, alla progettazione e programmazione degli investimenti rientranti nel credito d'imposta, alla redazione delle bozze dei bilanci di previsione, alla consulenza aziendale e tributaria e così via³⁵. Attività, queste, che possono tutte essere svolte sia in via individuale che in forma societaria anche da soggetti non appartenenti ad alcun Ordine professionale³⁶.

Più precisamente, per quanto riguarda il delicato e controverso tema dell'attività di consulenza resa in materia legale, tributaria, aziendale e societaria è dato rilevare come essa – pur non senza obiezioni – sia oggi qualificata come un'attività "libera"³⁷. Ciò

²⁸ Cass. 11 giugno 2010 n°14085 cit.; Cass. Sez.un. 3 dicembre 2008 n°28658, in *Dir. giust.*, 2008, p.1175; Cass. 30 maggio 2006 n° 12840, in *De iure*; Cass. 8 agosto, 1997 n°7359, *ivi*; Cass. 7 luglio 1987 5906, in *Giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 338, con nota di F. CHINDEMI, *In tema di consulenza legale extra-giudiziale*.

²⁹ In questo senso, vedi le sentenze citate alla nota precedente. Assolutamente minoritaria, per contro, è la decisione della Suprema Corte 18 aprile 2007 n° 9237, in *Foro it.*, 2007, I, 2401, che ha considerato come attività protetta, ex art. 2 legge n°1815 del 1939, la prestazione di assistenza legale. Tale pronuncia, secondo quanto affermano le Sezioni unite (Cass. Sez.un. 3 dicembre 2008 n°28658 cit.) contiene "solo un'enunciazione generica ed apodittica d'adesione al principio affermato [...] non forma oggetto di massima ufficiale" ed è stata ampiamente criticata dalla "stessa qualificata rivista [il Foro it.] che l'ha pubblicata e annotata".

³⁰ Cass. 7 luglio 1987 n° 5906, cit.; Cass. 28 maggio 1976 n°1929, in *Mass. Foro it.*, 1976, che ha osservato come l'attività del c.d. "comparsista", che non presuppone un rapporto con le parti e si traduce nella compilazione di scritti difensivi senza l'accesso agli uffici giudiziari o amministrativi, non rientra tra le prestazioni forensi spettanti all'Avvocato soggette alla disciplina di cui all'art. 2231 c.c.

³¹ Sul punto vedi Cass. 11 giugno 2010 n°14085 cit.; Cass. 7 luglio 1999 n°7023, in *De iure*, che hanno precisato come le tariffe professionali possano costituire un indubbio ausilio per contribuire a precisare gli ambiti oggetto della prestazione, ma ciò solo con riferimento "al momento finale, e cioè all'oggetto della professione, e non necessariamente con riferimento alle attività intermedie". Infatti "compito della tariffa professionale non è quello di definire le competenze dei singoli professionisti", ma solo quello "di stabilire il compenso che essi possono chiedere ai clienti".

³² Cass. 10 dicembre 1993 n° 1254, in *De iure*; F. GALGANO, *Le professioni intellettuali* cit., p. 6, che sottolinea l'estensione amplissima della professione del dottore commercialista, la quale, da un lato, copre il campo non monopolizzato dal legislatore a favore di altri professionisti, dall'altro, può essere svolta anche da soggetti non iscritti all'Albo, essendo molto ristretto il settore delle prestazioni riservate in via esclusiva a tale categoria professionale.

³³ Si pensi ad esempio ai ragionieri, ai consulenti del lavoro, ai geometri e così via.

³⁴ Corte Cost. 27 dicembre 1996 n. 418 cit.

³⁵ Così Cass. 11 giugno 2008 n° 15530 cit., che, richiamando i principi elaborati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n° 345 del 1995, ha stabilito che le prestazioni professionali di consulenza e valutazione in materia aziendale rientrano negli "spazi di libertà di espressione di lavoro autonomo o di libero esercizio di servizi a secondo del contenuto delle prestazioni e della relativa organizzazione, salvi gli oneri amministrativi e tributari".

³⁶ In quest'ottica, vedi Lodo Reggio Calabria (Pres. V. Donato, Arb. F. Galgano, G. D'amico) 24-27 maggio 2010 (Studio Mitiga Rag. Francesco s.r.l. vs Mediterranea Distribuzione s.r.l.) (inedito) che ha riconosciuto la liceità delle prestazioni di consulenza aziendale, legale, economica, nel campo dell'*import-export* e nel settore informatico, eseguite da una s.r.l. tramite i propri dipendenti, perché non rientranti nell'ambito delle prestazioni riservate o protette.

³⁷ In questo senso, da tempo, si sono espresse sia la Corte Cost. nelle sentenze 21 luglio 1995 n°345 cit. e 27 dicembre 1996 n. 418 cit., sia la Suprema Corte (Cass. 11 giugno 2008 n° 15530, cit.; Cass. 11 giugno 2010 n°14085 cit.; Cass. Sez.un. 3 dicembre 2008 n°28658, cit.; Cass. 30 maggio 2006 n° 12840 cit.) che hanno chiarito come l'attività di consulenza e assistenza nel settore legale, tributario e aziendale non possa considerarsi riservata agli iscritti agli Albi, e dunque "rientrare nella previsione di cui all'art. 2231 c.c., sicché la prestazione della stessa dà diritto al compenso ed alla relativa azione a favore del prestatore".



non solo perché risulta essere non espressamente menzionata tra le prestazioni riservate in via esclusiva a coloro che sono iscritti ad un Albo o elenco, ma anche perché è spesso considerata “come mera attività ausiliaria di informazione”, la quale per natura, caratteristiche e finalità non si identifica con alcuna prestazione protetta, ma rappresenta “un prodotto (od una nuova utilità) della cosiddetta impresa di servizio” che, come tale, può anche essere oggetto di un apposito contratto (c.d. *legal advising*)³⁸.

Tale soluzione, nondimeno, se, per un verso, pare ispirarsi all'antica concezione delle *operae liberales*, per altro verso sembra non attribuire il dovuto rilievo alla trasformazione subita dall'attività di consulenza, la quale, attualmente, ha assunto un carattere sempre più complesso e altamente intellettuale, rivestendo un ruolo primario nell'ambito dello svolgimento “organizzato e professionale” delle prestazioni professionali. Essa, infatti, è spesso funzionalmente preordinata ad una più proficua ed efficace salvaguardia di interessi superindividuali, anche di rilievo costituzionale, rappresentando l'antecedente logico necessario di scelte, decisioni e attività che incidono direttamente sui medesimi interessi che stanno alla base delle disposizioni normative che riservano una determinata attività ad una specifica categoria professionale³⁹. Il che vale a spiegare perché anche per l'esercizio dell'attività di assistenza e consulenza dovrebbe essere richiesto il possesso di determinati titoli di studio e la previsione di adeguati controlli abilitativi tesi ad accertare la competenza dei consulenti⁴⁰. Tant'è vero che,

re, anche se privo di particolari abilitazioni o requisiti professionali”

³⁸ T.M. UBERTAZZI, *I contratti relativi alla consulenza legale per un'operazione di acquisizione. Profili soggettivi e qualificativi*, in *Riv. dir. priv.* 2008, p. 135 ss.

³⁹ Si è osservato (M. LIBERTINI, *Brevi riflessioni sul d.d.l. e sui principi costituzionali e comunitari in materia di attività professionali intellettuali*, in *Foro it.*, 1999, p. 470 ss.) che l'orientamento della giurisprudenza che considera “libera” l'attività di consulenza, “traspone un giudizio che può al massimo valere per la consulenza amichevole, fuori mercato, allo svolgimento organizzato e professionale di attività di consulenza”. Quest'ultima, infatti, assume spesso carattere indispensabile per certi utenti - quali ad esempio le imprese - e può richiedere “controlli abilitativi non meno severi per quanto accade per altre attività professionali, in quanto destinata ad incidere su interessi costituzionalmente protetti” (p. 473).

⁴⁰ Diversamente, T.M. UBERTAZZI, *La consulenza legale è davvero riservata?*, in *Foro it.*, 2007, I, c.2402, ss, il quale ha criticato la decisione resa da Cass.18 aprile 2007 n.9237, ivi, 2007, c- 2400 che ha incluso l'attività di consulenza e assistenza in materia legale e tributaria tra le prestazioni professionali protette. L'A. rileva come la garanzia di qualità richiesta dal cliente in merito alla predetta prestazione e la sua possibile incidenza su interessi costituzionalmente protetti non sia affatto maggiore ove la stessa sia resa da un professionista iscritto all'Albo, anziché da un giurista, un economista, un aziendalista,

al fine di “garantire una maggiore qualificazione e preparazione dei professionisti, la trasparenza verso i cittadini ed un maggiore controllo sulla correttezza”, l'attuale progetto di riforma dell'ordinamento forense⁴¹ riserva espressamente agli Avvocati detta attività⁴².

Del resto, il possesso di determinati titoli di studio e la previsione di una verifica preventiva e successiva per l'esercizio delle attività intellettuali che - come l'assistenza e la consulenza - sono destinate a incidere su interessi pubblici generali, non solo sembrano non contrastare - come si vedrà - con le indicazioni normative e giurisprudenziali di fonte comunitaria, ma neppure impongono che il rilascio della relativa abilitazione sia sottratto alla competenza degli Ordini ai quali il professionista è tenuto ad aderire. Le diverse ipotesi prospettate⁴³ - quali l'istituzione di un ufficio pubblico destinato a gestire l'organizzazione dell'esame di stato e la tenuta degli Albi, o la previsione di un sistema di associazioni private riconosciute dallo Stato e legittimate a

ovvero da un soggetto in possesso di determinati titoli di studio e di specifiche cognizioni tecnico- scientifiche.

⁴¹ L'art 2 del disegno di legge n.1198, che riforma l'ordinamento forense, già approvato al Senato in data 23 novembre 2010, attribuisce alla competenza esclusiva dell'Avvocato “l'assistenza, la rappresentanza e la difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali, nelle procedure arbitrali rituali, di fronte alle autorità amministrative indipendenti ed ad ogni altra amministrazione pubblica e nei procedimenti di conciliazione e mediazione” (comma5), nonché “l'attività di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, fatto salve le ipotesi in cui ricorrono competenze espressamente individuate relative a specifici settori del diritto e che sono previste dalla legge per gli esercenti altre professioni regolamentate” (comma 6).

⁴² Tale esigenza è stata recepita, ad esempio, dalla legge portoghese che, attuando la direttiva sull'antiriciclaggio, ha introdotto la riserva della consulenza legale degli avvocati, senza contrastare con il processo di liberalizzazione dei mercati e con la disciplina della concorrenza, sulla base del principio di non discriminazione tra chi è ritenuto responsabile per aver posto in essere operazioni “sospette” in quanto iscritto ad un Albo professionale e coloro che, “essendo legittimati a svolgere liberamente la consulenza, non sono assoggettabili ai medesimi doveri e alle medesime sanzioni. Cfr. G. ALPA, *La disciplina comunitaria*, cit., p. 4.

⁴³ Cfr. AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva nel settore degli ordini e collegi professionali*, Roma, 1997, la quale a conclusione della predetta indagine, aperta nel 1994, ha rilevato come nel nostro sistema vi sia l'esigenza di elaborare sistemi alternativi di regolamentazione delle attività professionali, seguendo le indicazioni contenute nelle Direttive comunitarie 89/48 e 92/51 che hanno operato un esplicito riconoscimento delle attività esercitate dai membri di un'associazione o di un'organizzazione che rilasci agli stessi un titolo di formazione nel rispetto di determinate regole di condotta. Secondo detta Autorità, l'esigenza di organizzare sistemi di certificazione che rappresentano un marchio di qualità per il consumatore non deve essere necessariamente soddisfatta attraverso l'istituzione di Albi e Ordini professionali, la cui introduzione si giustifica solo per esigenze di tutela di interessi generali di carattere costituzionale.



rilasciare la predetta abilitazione all'esito di un apposito esame⁴⁴ - non sembrano rappresentare infatti una soluzione più efficiente rispetto a quella che, prevedendo adeguate garanzie normative volte a prevenire abusi e discriminazioni, affidi detto controllo agli stessi soggetti che abbiano maturato un sufficiente grado di esperienza e posseggano adeguate cognizioni per effettuare siffatta valutazione.

3. Prestazioni intellettuali e attività d'impresa: la normativa di origine interna

Nonostante le sollecitazioni di diverso avviso provenienti dagli organi comunitari e dalla nostra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'ordinamento interno rimane ancora ferma, quanto meno su un piano concettuale e astratto, la distinzione tra prestazioni intellettuali e attività di impresa. Sin dai lavori preparatori al Codice civile emerge chiaramente l'intenzione del legislatore di tener distinta la nozione di imprenditore da quella di professionista, anche quando l'esercizio dell'attività intellettuale richiede l'impiego di mezzi strumentali e l'opera di dipendenti o ausiliari⁴⁵. Ciò sia per la peculiare qualifica che riveste il professionista e per la sua diversa considerazione sociale⁴⁶, sia per la fiducia del rapporto che lo lega al cliente e per l'assenza di un'organizzazione di natura imprenditoriale.

In particolare, in relazione all'elemento organizzativo, si è rilevato come esso, nell'ambito delle professioni intellettuali, rivesta un ruolo non già primario e decisivo, ma strumentale o ausiliario, dal momento che è destinato a rendere più agevole e proficua l'opera intellettuale del professionista. Cosicché la sistemazione e la gestione dei beni strumentali all'esercizio della professione, sul piano lo-

gico-giuridico, si pongono quali fattori distinti e distinguibili rispetto alla prestazione professionale⁴⁷. Tant'è vero - si afferma - che il legislatore ha riservato all'imprenditore il contratto di appalto, caratterizzato dalla prevalenza dell'elemento patrimoniale e speculativo (organizzazione), e al professionista il contratto d'opera intellettuale, in cui le attrezzature ed il personale ausiliario conservano un ruolo subordinato rispetto alla prestazione offerta in via personale e diretta dal professionista⁴⁸.

Tuttavia, sulla scia delle indicazioni tratte dalla normativa comunitaria che - si vedrà - tendono ad equiparare, ai fini dell'applicazione della disciplina *antitrust*, l'attività professionale a quella di impresa, numerosi sono gli autori che inquadrano le prestazioni d'opera intellettuale nell'ambito della previsione normativa di cui all'art. 2082 c.c.⁴⁹. L'esercente la professione intellettuale - secondo tale indirizzo - non solo svolgerebbe un'attività economica nel mercato, scambiando la propria prestazione contro un corrispettivo, ma potendosi avvalere di lavoratori dipendenti o ausiliari e potendosi dotare di attrezzature e strumenti di indubbio valore economico, darebbe vita, altresì, ad un'organizzazione affatto assimilabile a quella dell'imprenditore.

Conseguentemente, anche nel nostro sistema, l'intrinseca natura del bene o del servizio finale rimarrebbero neutre rispetto alla qualificazione dell'attività. Il che spiegherebbe perché la mancata qualificazione degli esercenti un'attività intellettuale come imprenditori sia dovuta soltanto ad uno

⁴⁴ Si è rilevato (M. LIBERTINI, op. cit., p. 473) che tali sistemi possono sollevare dubbi di opportunità e di legittimità costituzionale dal momento che, il primo (istituzione di un ufficio pubblico), potrebbe "apparire fortemente burocrattizzato ed essere esposto a rischi di cattura da parte degli interessi forti" che dovrebbero essere soggetti al controllo stesso"; mentre l'altro (previsione di un sistema di associazioni private riconosciute dallo Stato) porterebbe ad "abbassare" i criteri di scelta e di controllo della qualità delle prestazioni offerte dagli associati, "potendosi creare tra le varie associazioni un sistema di concorrenza al ribasso".

⁴⁵ Relazione al cod.civ. n°917

⁴⁶ G. OPPO, *Antitrust e professioni intellettuali*, in *Riv. dir. civ.* 1999, II p. 125 ss; id. *L'iniziativa economica*, *ivi*, 1988, I, p. 316) ha rilevato infatti come la dignità, la responsabilità del professionista, la personalità della prestazione costituiscono elementi qualificanti delle professioni intellettuali che escludono una loro assimilazione con l'attività di impresa, pena il rischio "di una sempre più accentuata mercificazione al posto del prestigio, della sicurezza e della creatività della professione".

⁴⁷ N. IRTI, op. cit., p. 27; F. FERRARA JR-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2007, p. 45; F. MESSINEO, *Man. Dir. civ. comm.*, 1985, I, p. 323; G. FERRI, *Man. Dir. comm.* VI, 1986, p. 43; G. RAGUSA MAGGIORE, *Il registro delle imprese*, in *cod. civ. comm.* Schlesinger, II, 1996, parte II, p. 210, che sottolineano come la prestazione intellettuale, sotto il profilo giuridico, si distingua dai servizi professionali proprio per il suo intrinseco carattere ideativo e creativo.

⁴⁸ F. SANTORO PASSARELLI, op. cit., p. 23 ss; A. PERULLI, op. cit., p. 8 ss; G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.* 1976, I, p. 594; G. MARASÀ, *Società tra professionisti e impresa*, in *Riv. not.* 1997, p. 1346.

⁴⁹ F. GALGANO, *Le professioni intellettuali*, cit. p. 2; P. SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. IV, disc. Priv.*, VIII, Torino, 1992, p. 46; F.M. DORÈ, *Professioni e impresa tra diritto interno e comunitario: il problema delle tariffe*, in *Corr. Giur.* 1999, I, p. 48; G.F. CAMPOBASSO, op.cit., p. 30 ss; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, p. 277, che rilevano come la nozione di impresa nel nostro sistema e in quello comunitario sia sufficientemente ampia da comprendere qualsiasi entità che svolge un'attività economica, indipendentemente dallo status giuridico di detta entità. Ne segue che la natura dell'attività economica non risulta significativamente influenzata né dal carattere intellettuale, tecnico o specializzato delle prestazioni, né dalla qualifica rivestita dal soggetto che esegue in via diretta e personale la prestazione.



“specifico privilegio”⁵⁰ concesso ai professionisti, diretto a provocare “un’esonazione dalla soggezione allo statuto dell’imprenditore”⁵¹.

E’ questa, peraltro, un’impostazione che pare sottesa anche alle affermazioni dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, nella prima indagine conoscitiva, avviata nel ’94, per valutare l’eventuale distorsione della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato determinata dalle attuali normative sulle professioni intellettuali, è giunta ad assimilare, ai fini dell’applicazione delle regole concorrenziali, il prestatore d’opera intellettuale all’imprenditore⁵². La predetta Autorità, in particolare, richiamando le nozioni di impresa e servizio professionale elaborate dalla Corte di Giustizia e contenute nei testi comunitari⁵³, ha rilevato come il professionista, al pari dell’imprenditore, svolga un’attività che si traduce “nell’offerta di prestazioni acquisibili dietro il pagamento di un corrispettivo”, eserciti cioè un’attività che, concretizzandosi in uno scambio tra prestazione e corrispettivo, è oggetto di valutazione economica, e dunque costituisce impresa.

Di qui il corollario secondo il quale, al fine di garantire la qualità delle prestazioni e le attese dei cittadini, lo strumento più efficiente da adottare sarebbe proprio l’applicazione dei principi concorrenziali, con conseguente abolizione dei minimi tariffari, abrogazione del divieto di fornire informazioni pubblicitarie, incentivazione della libertà di accesso alle professioni ed alla formazione dei professionisti⁵⁴ ed eliminazione degli ostacoli normativi alla

costituzione di società multidisciplinari. Necessità, queste, che sono state ribadite anche nell’altra indagine conoscitiva, avviata nel 2006 e conclusasi nel 2009, riguardante le regolazioni legislative e le norme deontologiche vigenti in tema di libere professioni. Da tale ricerca è emersa infatti una forte resistenza degli Ordini professionali a conformare le norme deontologiche ai principi concorrenziali introdotti con la riforma Bersani, che – è noto - ha inciso profondamente su molte delle restrizioni sopra accennate⁵⁵.

Tale indirizzo, nondimeno, si discosta nettamente sia dalla nostra tradizione giuridica che dalle previsioni normative che l’hanno recepita, le quali tendono a differenziare l’attività d’impresa da quella svolta dai professionisti, proprio per gli intrinseci caratteri, ideativi e creativi, che contraddistinguono le prestazioni intellettuali. Infatti - si è affermato - che se si ignorano e si sopprimono tali differenze “le attività professionali vengono appiattite a livello di qualsiasi altro lavoro”⁵⁶; ossia si dimentica che tali prestazioni presuppongono conoscenze e saperi complessi e specialistici che contribuiscono a spiegare la peculiare disciplina normativa ad esse riservata dagli artt. 2229 ss. c.c.⁵⁷.

Del resto – si vedrà – come la stessa Corte di Giustizia sia orientata a coniugare l’applicazione delle regole sulla concorrenza con il mantenimento “delle norme etiche e del rispetto dei compiti di interesse pubblico affidati ai singoli professionisti, di guisa che, ove l’attività professionale sia riconducibile all’esercizio di pubblici poteri e alla tutela di

⁵⁰ Cfr. AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva*, cit., p. 17, che evidenzia come l’esonazione stabilita dall’art. 2238 c.c. si spieghi perché, “in sua assenza, le caratteristiche della fattispecie avrebbero potuto comportare l’applicazione dello statuto dell’imprenditore ai professionisti intellettuali nell’esercizio della loro professione”. Circostanza, questa, che il legislatore ha voluto evitare, “attribuendo in virtù di considerazioni di carattere storico e sociologico ad un determinato ceto un particolare privilegio, consistente nell’immunità rispetto allo statuto dell’imprenditore e nella previsione di una disciplina *ad hoc*”.

⁵¹ Si è infatti rilevato (F. GALGANO, *Le professioni intellettuali* cit., p. 16) come la nozione di impresa delineata dal nostro legislatore ex art. 2082 c.c. non si differenzi da quella vigente in ambito comunitario, di guisa che essa è idonea a comprendere anche l’attività dei professionisti intellettuali. Conseguentemente, questi ultimi possono essere considerati imprenditori proprio ai sensi della legge n° 287 del 1990, la quale sancisce la prevalenza della disciplina da essa dettata sulle disposizioni interne configgenti, le quali dovranno essere disapplicate (art. 1 comma 4). Di qui, secondo l’A., la neutralizzazione dei “privilegi” spettanti ai professionisti intellettuali e la loro soggezione alle norme sulla libera concorrenza.

⁵² AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva*, cit., p. 15.

⁵³ Vedi par. 4

⁵⁴ In particolare, l’Autorità Garante, nella citata indagine, conclusasi nel ’97, ha rilevato che i regimi di autorizzazione

all’esercizio delle professioni sono particolarmente restrittivi e si traducono in una limitazione del numero dei professionisti che si riflette negativamente sulla concorrenza e sulla qualità delle prestazioni. Fenomeno, questo, che interessa soprattutto le professioni emergenti per le quali le forme organizzative e di rappresentanza, già autonomamente adottate, non si rivelano sufficienti, aspirando dette professioni ad un riconoscimento con valore *erga omnes*, da attribuirsi mediante sistemi alternativi. Riconoscimento che per le professioni non regolamentate, ai sensi dell’art. 26 del d.lg. 206/2007 e della Direttiva comunitaria 2005/36, è stato disciplinato da un apposito decreto interministeriale che ha attribuito allo stesso una valenza generale e sistematica.

⁵⁵ Questa seconda indagine si è conclusa dopo che era entrata in vigore sia la c.d. riforma Bersani I (L.266/1997), sia il d. lg. 223/3006, convertito dalla legge 248/2006 (c.d. riforma Bersani II), che hanno provveduto alla revisione dei requisiti di accesso e di svolgimento delle professioni, elaborando sistemi alternativi di regolamentazione delle attività professionali, all’abolizione delle restrizioni concernenti l’obbligatorietà delle tariffe minime, al divieto, anche parziale, di pubblicità informativa e alla costituzione di società interdisciplinari.

⁵⁶ N. IRTI, op. cit. ,p. 27.

⁵⁷ G. OPPO, *L’iniziativa economica*, cit. p.316, G.F. CAMPOBASSO, op. cit., p.45 ss, che rilevano come ai lavoratori autonomi manchi spesso l’elemento dell’organizzazione, essendo insufficiente ad integrare il requisito richiesto dall’art. 2082 c.c., la sola organizzazione a fini produttivi del proprio lavoro.





interessi generali, ben possono essere previste deroghe e strumenti restrittivi della concorrenza e del mercato. Il che, per un verso, legittima il peculiare regime normativo che il legislatore interno ha riservato ai professionisti intellettuali e contribuisce a spiegare le previsioni che richiedono il possesso di determinati titoli di studio, il conseguimento di una specifica abilitazione professionale ed il rispetto dei principi deontologici fissati dagli Ordini a cui l'abilitato appartiene, pena la peculiare responsabilità del professionista; per altro verso è in linea con il consolidato indirizzo della Corte Costituzionale che ha chiarito come il principio di professionalità specifica di cui all'art. 33 Cost. miri ad assicurare alla collettività il rispetto di livelli morali ed etici e la qualità delle prestazioni, con conseguente differenziazione del professionista dall'imprenditore.

Diversamente, altra e distinta è la soluzione prospettabile nelle ipotesi in cui le prestazioni professionali costituiscano un elemento di una più ampia e complessa attività di natura imprenditoriale; là dove cioè il professionista svolga la sua opera con strutture e modalità che seguono logiche mercantili ed in cui assumono decisiva rilevanza sia l'elemento organizzativo che l'impiego delle risorse materiali, tecniche e umane⁵⁸. In tal caso – si vedrà⁵⁹ – è evidente il significativo parallelismo esistente tra professione intellettuale e impresa che, in deroga al principio codicistico della personalità della prestazione, giustifica sia un ampliamento delle forme associative di esercizio delle professioni intellettuali⁶⁰, sia la riconducibilità di una determinata attività professionale nel più vasto campo dei servizi⁶¹. I quali ultimi possono essere il risultato di un'attività

articolata, in cui la prestazione intellettuale costituisce soltanto una delle componenti di una più complessa attività economica all'interno della quale l'organizzazione dei mezzi e del capitale si pone come fulcro, mentre l'opera del professionista riveste un ruolo strumentale, destinato a rimanere neutro rispetto alla qualificazione della fattispecie⁶².

In questi casi, proprio perché il professionista si organizza per svolgere la sua opera secondo modelli imprenditoriali, viene meno lo stesso nesso funzionale esistente tra prestazione professionale e contratto d'opera intellettuale⁶³, di guisa che i rapporti con i clienti possono essere regolati da schemi negoziali diversi, quali, ad esempio, il contratto d'appalto. Infatti, la normativa sugli appalti di servizi fissa i criteri per l'aggiudicazione degli incarichi pubblici, anche se relativi all'esecuzione di prestazioni riservate, sulla base di una pura logica di mercato, prevedendo che detti contratti possano essere stipulati anche da società con personalità giuridica⁶⁴, allorquando, ad esempio, gli incarichi professionali abbiano ad oggetto attività di studi e progettazione di particolare complessità tecnica e scientifica⁶⁵. Il che, indubbiamente, segna un'apertura verso nuove forme di collaborazione tra "operatori economici e professionali in una realtà che esige, soprattutto nel settore dei servizi, interventi interdisciplinari e specifiche organizzazioni di vaste dimensioni"⁶⁶ e contribuisce, in armonia con le indicazioni provenienti dal diritto comunitario, a comprendere compiutamente la nuova, articolata e complessa identità giuridica del professionista.

⁵⁸ Si è rilevato (A.M. LEOZAPPA, *Professioni intellettuali e legislazione speciale: spunti per una riflessione*, in *Riv. not.*, 2002, II, p. 1187) come la legislazione speciale, volta a recepire le esigenze organizzative che i nuovi mercati professionali evidenziano, non rappresenti un'eccezione nel paradigma normativo delle professioni, ma si collochi nell'ambito dei principi fissati dal legislatore codicistico che, attraverso l'art. 2238, II° comma, sembra aver voluto affermare che, anche in presenza di un elemento organizzativo, il professionista rimanga sottratto alla disciplina dell'imprenditore commerciale.

⁵⁹ Cfr. par. 5

⁶⁰ Si pensi, ad esempio, all'art. 24 l. 7 agosto 1997 n° 266, che ha abolito il divieto dello svolgimento in forma societaria dell'attività professionale, contenuto nell'art.2 della l. 23 novembre 1939 n°181, al d. lg. 2 febbraio 2001, n° 96, che ha regolamentato la società tra avvocati e alla legge 4 agosto 2006 n° 246, che, richiamando i principi di libera concorrenza e di libera circolazione delle persone e dei servizi, ha abrogato il divieto di fornire servizi professionali interdisciplinari ex all'art. 2 l. 1816/1939

⁶¹ Cfr Trib Teramo 11 febbraio 2005, in *De iure*, che ha affermato la natura imprenditoriale degli enti di formazione professionale e degli istituti scolastici che si dotano di un'organizzazione aziendale, "utilizzando un complesso strumentale costituito tanto da fattori personali (prestazioni intellettuali degli insegnanti), quanto da fattori materiali.

⁶² Tipico esempio è costituito dalle società di *engineering* di cui alla legge 11 febbraio 1994 n°109, dalle società di progettazione di impianti industriali, ai sensi della legge 17/1981, dai laboratori di analisi, dalle case di cura e dagli ambulatori medici, dove la complessità della struttura organizzativa, il numero di dipendenti e l'impiego dei mezzi tecnici e telematici è tale da non poter essere rapportato a quelli richiesti, in via strumentale, dall'esercizio della professione intellettuale.

⁶³ A.M. LEOZAPPA, *Professioni intellettuali e professioni c.d. non protette*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 297 ss.; A. BERLINGUER, *Professione intellettuale, impresa, e concorrenza nel dialogo diritto interno- diritto comunitario:premesse per uno studio*, in *Riv. dir. civ.* 1999, p. 654, che parlano di "cedimento del modello tradizionale di professione intellettuale.

⁶⁴ La direttiva 92/50 e il d. lg. 17 marzo 1995 n° 157, che l'ha recepita, riguardano non solo i servizi di contabilità e revisione, quelli attinenti all'architettura e all'ingegneria, ma anche quelli legali, sanitari e sociali, consentendo alle società di professionisti di concorrere alle gare d'appalto

⁶⁵ T.A.R. Lazio 5 gennaio 2010 n°36, in *TAR*, 2010, p. 1

⁶⁶ Tar Lazio 28 marzo 2002 n° 4734 cit. sottolinea come il sistema tracciato con la legge 23 novembre 1939 n° 1815 sia stato "aperto" dalla legge 7 agosto 1997 n°266, che ha abolito il precedente divieto di cui all'art. 2, e dalla legge 18 novembre 1998 n°415 (c.d. Merloni *ter*) che ha attribuito alle società di servizi la legittimazione a partecipare alle procedure di appalto di servizi.

4. Le indicazioni di fonte comunitaria: la normativa sui servizi

| 78

Nelle pagine precedenti si è rilevato come la normativa di origine comunitaria, agli specifici fini dell'applicazione della normativa *antitrust*, tenda ad equiparare il professionista all'imprenditore⁶⁷. Ciò sulla scia delle disposizioni contenute nel Trattato Ce⁶⁸ - che non pongono alcuna distinzione tra le due predette categorie - e dei ripetuti interventi della Corte di Giustizia, che include le libere professioni nell'ambito del più ampio contesto dei servizi⁶⁹.

Più precisamente, in ambito comunitario, da tempo si ritiene che la nozione di impresa, in assenza di un'espressa definizione normativa, si individui esclusivamente sulla base di un criterio economicistico, abbracciando "qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento"⁷⁰. Di qui il ruolo decisivo e assorbente rivestito dallo svolgimento di un'attività economica, la quale, identificandosi con "l'offerta, in un

⁶⁷ Il *leading case* è rappresentato dalla decisione della Commissione europea del 30 gennaio 1995, relativa agli agenti commerciali - che la legge spagnola inquadrava in un'apposita organizzazione professionale quale ente di diritto pubblico, abilitato a determinare tariffe per le prestazioni professionali dei suoi membri - in cui si è affermato che detti operatori professionali costituiscono impresa, ai sensi dell'art. 85 del trattato Ce. Soluzione, questa, poi ribadita dalla decisione del 16 novembre 1995 che, in una fattispecie analoga, ha confermato l'assimilazione tra professionista e imprenditore (cfr. R. SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, (diretto da Galgano), LV, Padova, 2008, p. 40).

⁶⁸ L'art. 50 del Trattato Ce stabilisce: "sono considerati servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone". Cosicché i servizi comprendono non soltanto le attività di carattere industriale e commerciale, ma anche quelle proprie delle libere professioni.

⁶⁹ L'equiparazione delle libere professioni al *trade commerce*, con conseguente applicazione alle prime della normativa *antitrust*, trova il suo antecedente nel diritto statunitense, dove la fissazione di tariffe da parte delle organizzazioni professionali è stata considerata dalla Corte Suprema, già negli anni '70, una pratica di *price fixing* atta a costituire violazione dello *Sherman act*, con una tendenza che è proseguita negli anni '80 e '90. Cfr. F GALGANO, *Le professioni intellettuali*, cit., p. 15, il quale rileva come la tendenza all'equiparazione si sia manifestata nel diritto comunitario anche con il regolamento n°2137 del 1985, entrato in vigore nel luglio 1989, che ha regolato il G.e.i.e. (Gruppo europeo di interesse economico) e lo ha concepito come strumento di cooperazione sopranazionale sia fra le imprese che tra esercenti libere professioni.

⁷⁰ Corte Giust. U.E. 12 settembre 2000, C. 180/98, C184/98, in *Foro.it*, 2002, IV, 244; Corte Giust. U.E. 23 aprile 1991, C. 41/90, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1992, 1322; Corte Giust. U.E. 17 febbraio 1993, C. 159/91, C160/91, in *Foro it.* 1994, IV, 113; Corte Giust. U.E. 16 novembre 1995, C. 244/94, *ivi*, 1996, IV, 67; A TIZZANO, *Stabilimento e prestazione di servizi nella giurisprudenza comunitaria*, *ivi*, 1997, V, 345 ss.

determinato mercato, di beni o servizi, dietro corrispettivo, al fine di ottenere un profitto"⁷¹, finisce per porsi quale condizione decisiva anche ai fini dell'esistenza di un servizio professionale. Quest'ultimo viene infatti definito in maniera così estesa da abbracciare "qualsiasi attività, anche a carattere intellettuale, svolta in forma imprenditoriale o professionale, fornita senza vincolo di subordinazione e normalmente retribuita"⁷², con la sola esclusione delle prestazioni non economiche e di alcune specifiche attività espressamente individuate⁷³.

E' evidente, quindi, che il diritto comunitario, a differenza del nostro sistema codicistico, che considera l'esercizio di un'attività economica un elemento necessario - ma di per sé non sufficiente - per l'acquisto della qualità di imprenditore, recepisce una nozione di impresa più ampia, diretta a favorire l'applicazione della normativa *antitrust* ogniqualvolta vi sia un'attività economica che si svolge in un determinato mercato⁷⁴. Discende da ciò una concezione dell'impresa in termini funzionali, come "agente del mercato che essa provvede a regolamentare", in cui i c.d. elementi strutturali, quali l'organizzazione e la professionalità, non già concorrono a "dettare lo statuto generale dell'imprenditore, ma assumono rilievo settoriale "tramite la disciplina delle società"⁷⁵. Si spiega così perché la Corte di Giustizia e il legislatore europeo abbiano incluso nella predetta nozione anche l'attività del professionista, prescindendo dal suo

⁷¹ Corte Giust. U.E. 12 settembre 2000, cit.; Corte Giust. U.E. 18 giugno 1998, C. 35/95, in *Guida dir.* 1998, fasc. 26, p.15

⁷² La Direttiva 2006/123 e il decreto legislativo 59/2010 che l'ha recepita definiscono i servizi come "qualsiasi attività economica non salariata di cui all'art. 50 del Trattato Ce fornita normalmente dietro retribuzione. Infatti tra i servizi oggetto della Direttiva rientrano numerose attività in costante evoluzione, quali i servizi alle imprese, i servizi di consulenza manageriale e gestionale, di certificazione e di collaudo, i servizi di gestione delle strutture, di pubblicità degli agenti commerciali, i servizi di consulenza legale o fiscale e quelli collegati con il mercato immobiliare, l'edilizia e le agenzie di viaggio (considerando 33)

⁷³ In particolare, oltre alle attività non economiche, la Direttiva 2006/123 e il d. lg 59/2010 escludono dall'ambito di applicazione delle norme in essi contenute le attività connesse con l'esercizio di pubblici poteri, i servizi di interesse economico generale assicurati alla collettività in regime di esclusiva, taluni servizi di natura sociale, i servizi di trasporto, quelli forniti dalle agenzie per il lavoro, i servizi sanitari e farmaceutici forniti a scopo terapeutico, i servizi audiovisivi, quelli relativi ai giochi d'azzardo, i servizi finanziari, inclusi quelli bancari pensionistici, creditizi e assicurativi, i servizi di sicurezza privata e quelli forniti dai notai.

⁷⁴ G.TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, p. 115 ss.

⁷⁵ Così C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, III, Padova, 2007, pp.6-7, che rilevano come il diritto *antitrust* giunga a considerare impresa anche un operatore economico individuale o forme di organizzazione economica a carattere occasionale.





carattere intellettuale, tecnico o specializzante e dal fatto che la stessa sia spesso fornita su base personale e diretta, senza la necessaria combinazione di elementi materiali, immateriali ed umani⁷⁶.

Muovendosi in questa logica, la normativa sui servizi ha, per un verso, introdotto una nuova regolamentazione in tema di ammissibilità delle comunicazioni commerciali, di attività interdisciplinari, di assicurazione per la responsabilità professionale e in ordine agli adempimenti amministrativi da eseguirsi per l'accesso e lo svolgimento del servizio; per altro verso, ha ribadito l'indirizzo tracciato dalla Corte di Giustizia in tema di libera circolazione dei prestatori d'opera professionale. Ha precisato, cioè, che questi ultimi possono svolgere la loro attività in forma non subordinata in uno Stato membro sia in via occasionale e temporanea⁷⁷ - e cioè in regime di libera prestazione di servizi - sia in modo, stabile, continuativo e permanente, ossia in regime di stabilimento⁷⁸.

Libertà, queste, che denotano il rilievo fondamentale che riveste la specifica attività svolta dal cittadino in presenza di elementi di interstatualità, di guisa che esse, sebbene presuppongano un diverso tipo di collegamento tra il prestatore d'opera professionale proveniente da uno Stato membro con il diverso Stato membro in cui si esercita l'attività, hanno una struttura giuridica unitaria che giustifica

la condivisione della disciplina legislativa⁷⁹. In particolare, per ciò che concerne la libertà di stabilimento è dato rilevare come la Direttiva sui servizi abbia inteso agevolare l'attuazione attraverso l'indicazione di una serie di condizioni - già dichiarate inammissibili dalla Corte di Giustizia per il loro effetto discriminatorio - al cui rispetto è vietato subordinare l'accesso o lo svolgimento di una determinata attività. Cosicché detti requisiti né possono essere introdotti dalle legislazioni nazionali, né, ove presenti, possono essere conservati⁸⁰.

Non solo, ma la predetta normativa ha individuato anche alcuni fattori - tra i quali rientrano, ad esempio, i limiti di natura quantitativa o territoriale, la fissazione di forme giuridiche obbligatorie, la determinazione di un numero minimo di dipendenti e l'esistenza di tariffe minime o massime da osservare - che, sempre nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione, possono essere contemplati dalle legislazioni nazionali solo se conformi ai principi fondamentali esistenti all'interno degli ordinamenti; ai principi, cioè, che il legislatore, sulla scia delle indicazioni tratte dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁸¹, ha riassunto nei "motivi imperativi di interesse generale"⁸².

⁷⁹ R. SALOMONE, op. cit., p. 38

⁸⁰ L'art. 11 del d.lg. 59/2010 (art. 14 Direttiva) indicano: a) i requisiti fondati sulla cittadinanza - e per quanto riguarda le società sull'ubicazione delle sedi legali -; b) il divieto di avere stabilimenti in più di uno Stato membro o di iscrizione in registri, ordini o associazioni professionali di altri Stati membri; c) le restrizioni alla libertà del prestatore di scegliere tra essere stabilito a titolo principale o secondario o i limiti alla libertà di utilizzare la tipologia preferita di stabilimento secondario, intralciando così la libera scelta tra la forma dell'agenzia, della succursale o della filiale; d) le condizioni di reciprocità con lo Stato membro nel quale il prestatore dispone già di uno stabilimento; e) l'applicazione, caso per caso, di una verifica di natura economica che subordina il rilascio dell'autorizzazione alla prova dell'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato; f) l'obbligo di presentare, individualmente o con altri, una garanzia fideiussoria o di sottoscrivere un'assicurazione presso un prestatore o un organismo stabilito in Italia; g) l'obbligo di essere già iscritto per un determinato periodo nei registri italiani o di aver esercitato l'attività in Italia per un determinato periodo.

⁸¹ Corte Giust. 11 dicembre 2003; C. 289/02; in *Foro amm.*, CDS, 2003,3525; Corte Giust. 17 febbraio 2005, C. 250/03, in *Dir. Giust.*, 2005,14, 93 hanno richiamato espressamente: le norme professionali specifiche, se intese a garantire i destinatari di un determinato servizio; la buona amministrazione della giustizia, le norme in tema di organizzazione, di qualificazione, di deontologia di controllo e di responsabilità, la necessità di valutare al meglio i soggetti chiamati all'esercizio di una determinata professione e così via

⁸² L'art. 8 del d.lg. 59/2010 richiama infatti l'ordine pubblico, l'incolumità e la sanità pubblica, la tutela dell'ambiente, compreso l'ambiente urbano, la sicurezza stradale, la tutela dei soggetti "deboli", quali lavoratori e consumatori, la proprietà intellettuale, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode e gli obiettivi di politica sociale e culturale. Principi, questi, che sono tratti dal diritto comunitario e che per costante giuri-

⁷⁶ Corte Giust. U.E. 19 febbraio 2002, 309/99, in *Foro it.*, 2002, V, 187 con nota di V. VIGORITI, *Avvocatura e concorrenza*; Corte Giust. U.E. 18 giugno 1998, C. 35/96 cit.; Trib I° grado U.E. 28 marzo 2001, T-144/99; E. GREPPI, voce *Stabilimento e servizi nel diritto comunitario*, in *Dig. IV Disc. pubblicistiche*, XIV, Torino 1999, p. 40. Anche se nel 43° considerando della Direttiva 2005/36 si afferma che "le professioni liberali sono quelle praticate sulla base di pertinenti qualifiche professionali in modo personale, responsabile e professionalmente indipendente da parte di coloro che forniscono servizi intellettuali e di concetto nell'interesse dei clienti e del pubblico".

⁷⁷ Il *leading case* sulla libera prestazione di servizi è rappresentato da Corte Giust. Ce 3 dicembre 1974 n°33/74, che ha chiarito come il carattere di temporaneità vada accertato in funzione della regolarità, periodicità, continuità o durata della prestazione.

⁷⁸ L'applicazione delle sole previsioni contenute nel Trattato sulla libertà di stabilimento (art. 49) e sulla libera prestazione di servizi (art. 56) non è stata sufficiente ad eliminare gli ostacoli al pieno sviluppo del mercato interno, in quanto, a tal fine, si è resa necessaria un'opera di coordinamento preliminare delle legislazioni nazionali e una più ampia cooperazione amministrativa tra gli Stati membri. E' per tale ragione che il legislatore comunitario è intervenuto con la predetta Direttiva, la quale è incentrata sulla libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, in armonia con la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quest'ultima, in particolare, sin dalla sentenza del 21 giugno 1974 n°2/74, aveva osservato che l'art. 43 del Trattato "prescrive un obbligo di risultato preciso il cui adempimento doveva essere facilitato dall'attuazione di un programma di misure gradualità"; misure che sebbene non sempre attuate "non hanno certo fatto venir meno l'obbligo stesso una volta scaduto il termine per il suo adempimento".

Tale normativa, peraltro, ha un ambito applicativo assai ampio in quanto opera in relazione alle professioni sia libere che regolamentate, e cioè praticate in modo personale, responsabile e indipendente da parte di coloro che forniscono servizi intellettuali, nell'interesse del cliente o del pubblico, sulla base di specifici titoli di studio, tirocini e/o del superamento di un esame abilitativo⁸³. Queste ultime attività, infatti, pur continuando ad avere come punto centrale di riferimento la Direttiva 36/2005 e il d. lg. 206/2007 - che hanno reso più flessibile il riconoscimento delle qualifiche professionali⁸⁴, favorendo la circolazione dei professionisti che hanno la cittadinanza ed hanno svolto i propri studi o acquisito la propria esperienza in altro Stato membro - trovano oggi un'ulteriore regolazione nella normativa in esame⁸⁵.

In realtà, nonostante la clausola di specialità contenuta nella Direttiva sui servizi e nel decreto attuativo - che stabilisce la prevalenza delle disposizioni dettate da atti comunitari che disciplinano l'accesso o l'esercizio di specifiche attività professionali ed abbiano un contenuto difforme o incom-

sprudenza sono di stretta interpretazione. Perché si configuri una loro violazione è pertanto necessario che lo Stato membro dimostri l'esistenza di una minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività, fermo restando che siffatte deroghe non autorizzano gli Stati membri ad escludere interi settori economici o intere professioni dall'ambito della libertà di stabilimento o della libera prestazione di servizi (cfr. M.A.CERIZZA, *Cadono le barriere per stabilimento e attività*, in *Guida dir.*, 2010, n.21, p. 50 ss).

⁸³ La direttiva sul riconoscimento delle qualifiche professionali (36/2005) ha inteso accorpate le precedenti numerose direttive, sia di carattere generale che di settore, riguardanti le singole professioni, in modo da riorganizzare il sistema di riconoscimento sulla base di una reciproca fiducia nella formazione ottenuta negli Stati membri, con la previsione della libera prestazione di servizi e della possibilità di richiedere il riconoscimento del titolo professionale al fine di agevolare la libertà di stabilimento.

⁸⁴ Il d. lg. 206/2007 prevede che il predetto riconoscimento possa avvenire in modo automatico (art. 13), oppure in base all'esperienza professionale (art. 27) o il sistema generale previsto dagli artt. 16 ss. Tuttavia, sia tale decreto che la Direttiva sui servizi tendono ad attribuire un ruolo rilevante agli Ordini, organismi o associazioni professionali, i quali hanno il compito di "elaborare codici di condotta a livello comunitario, tesi ad agevolare la prestazione transfrontaliera di servizi o lo stabilimento di un prestatore in un altro Stato membro, nel rispetto del diritto comunitario".

⁸⁵ Così, ad esempio, prendendo in considerazione la professione di avvocato, oltre alle disposizioni dettate dalla normativa sui servizi e da quella sul riconoscimento delle qualifiche professionali, possono menzionarsi, la Direttiva 5/1998 e il d. lg. 96/2001 che l'ha recepita, tesi a facilitare lo svolgimento di detta professione in uno Stato membro diverso da quello in cui si è acquisita la qualifica, e la Direttiva 249 del 1997, recepita dalla legge 31 del 1982, relative allo svolgimento di tale attività in regime di stabilimento (cfr. C. FIORAVANTI, *L'esercizio delle professioni legali in Italia nell'ottica delle Direttive comunitarie*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, p. 1 ss).

patibile con quelle contenute nella normativa sui servizi⁸⁶ - numerose e significative sono le integrazioni apportate dalla Direttiva 123/2006 e dal d.lg. 59/2010 in materia di pubblicità, iscrizione agli Albi⁸⁷, responsabilità professionale e attività multidisciplinari. Anche se alcune di tali prescrizioni erano in parte già state recepite dal nostro legislatore e dai codici deontologici - e in particolare da quello forense⁸⁸ - che avevano legittimato la costituzione di società (di persone) multidisciplinari ed avevano abrogato sia il divieto di pubblicità informativa, sia l'obbligatorietà delle tariffe professionali minime.

5. I recenti orientamenti della Corte di Giustizia in tema di tariffe professionali e di comunicazioni pubblicitarie.

Per ciò che concerne il controverso tema delle tariffe professionali per il calcolo dei compensi delle attività libero professionali, è dato innanzitutto sottolineare come il legislatore nazionale, sulla scia delle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia - che aveva dichiarato l'incompatibilità della legge che imponeva l'adozione di tariffe minime con i principi del libero mercato e della concorrenza di cui agli artt 5 e 85 del Trattato⁸⁹ - attra-

⁸⁶ L'art. 9 del d. lg. 59/2010 (art. 3 Dir. 2006/123) stabilisce che "in caso di contrasto con le disposizioni del presente decreto, si applicano le disposizioni di attuazione di altre norme comunitarie che regolamentano aspetti specifici dell'accesso ad un'attività di servizi o del suo esercizio per professioni o in settori specifici [...]."

⁸⁷ Così, ad esempio, per l'esercizio delle professioni regolamentate, l'art. 45 del d. lg. 59/2010 prevede una serie di adempimenti aggiuntivi rispetto a quelli previsti nel decreto 206/2007, i quali, come tali, non risultano essere stati assorbiti dalle disposizioni contenute nella normativa sulle professioni regolamentate (G. ALPA, *La versione definitiva della direttiva sui servizi e il suo ambito di operatività per l'avvocatura*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, II, p. 59 ss).

⁸⁸ Tra tali obblighi possono ricordarsi quelli relativi ai dati identificativi, all'iscrizione all'Ordine, alla qualifica professionale, all'assicurazione, o alle garanzie per la responsabilità professionale, alla presenza di eventuali clausole contrattuali per l'individuazione della legge applicabile al contratto o alla giurisdizione competente, il prezzo e le caratteristiche della prestazione. In particolare, per quanto riguarda il principio di non discriminazione (per ragioni sessuali, razziali, religiose, politiche o derivanti da condizioni personali o sociali) e l'osservanza delle regole che disciplinano l'esercizio dell'attività professionale (buona fede, affidamento del pubblico e della clientela, correttezza, tutela degli interessi pubblici, ampliamento e specializzazione dell'offerta di servizi, autonomia e responsabilità del professionista), è dato ribadire che essi erano stati già previsti dal d. lg. 2 febbraio 2006 n°30 dettato in tema di ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni.

⁸⁹ Nella citata decisione 18 giugno 1998 C 35/96, relativa alle tariffe minime obbligatorie e inderogabili stabilite per gli spedizionieri doganali, la Corte di Giustizia ha affermato che il sistema delle tariffe professionali obbligatorie contrasta con



verso la c.d. riforma Bersani, avesse abolito sia l'obbligatorietà delle tariffe minime, sia il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi prefissati. Mentre aveva mantenuto inalterate le previsioni sugli onorari massimi, ritenendo - secondo quanto evidenziato anche dalla giurisprudenza di legittimità⁹⁰ - che esse non escludessero affatto il potere discrezionale del giudice di determinare i compensi professionali sulla base del valore della lite, e dunque alla luce dei principi di proporzionalità e adeguatezza che si pongono a fondamento della predetta normativa.

Posizione, questa, che è stata di recente ripresa anche dalla Corte di Giustizia, la quale ha escluso che il nostro sistema tariffario pregiudichi la libertà contrattuale del professionista, "impedendogli di fare offerte *ad hoc*, in determinate situazioni e/o di particolari clienti", e dunque renda il mercato italiano delle prestazioni legali non attraente per gli Avvocati stabiliti in altri Stati membri. I giudici di Lussemburgo hanno infatti osservato come la normativa italiana sulle tariffe massime, sebbene abbia natura obbligatoria, sia comunque concepita in modo da non pregiudicare l'accesso al predetto mercato, dal momento che è caratterizzata da una "flessibilità che sembra permettere un corretto compenso per qualsiasi tipo di prestazione"⁹¹. Cosicché essa

non si pone affatto in contrasto con i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, poiché non può qualificarsi come restrizione ex artt. 43 e 49 del Trattato Ce.

In realtà, secondo una consolidata giurisprudenza, non integra gli estremi di una restrizione concorrenziale la fissazione in altri Stati membri di "regole meno severe o economicamente più vantaggiose ai prestatori di servizi simili stabiliti sul loro territorio"⁹², in quanto ciò, benché possa comportare una difficoltà empirica nel calcolo degli onorari, non si traduce né in un divieto, né in un ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento o di libera prestazione di servizi⁹³, poiché non priva gli "avvocati stabiliti in uno Stato membro che forniscono servizi in Italia di penetrare nel mercato nazionale in condizioni concorrenziali normali ed efficaci"⁹⁴.

Restrizioni e ostacoli che possono invece ravvisarsi nelle previsioni che subordinano la prestazione dei servizi offerti in via temporanea e occasionale alla cittadinanza o alla residenza del prestatore, all'obbligo di ottenere un'autorizzazione dalle autorità competenti o di presentare una dichiarazione presso le stesse, ovvero all'assunzione di una determinata forma o tipo di infrastruttura⁹⁵. Segue da ciò che anche in ordine alla libera prestazione di

l'ordinamento comunitario in materia di libero mercato e libera concorrenza, e in particolare con gli articoli 5 e 85 del Trattato, che vietano tutti gli "accordi tra imprese" che comportino distorsioni della concorrenza. In particolare, la Corte ha rilevato che, non essendo i membri del Consiglio esperti indipendenti, le decisioni di fissare una tariffa «uniforme e vincolante» limitano la concorrenza e «possono incidere sugli scambi intracomunitari», favorendo abusivamente la divisione dei mercati nazionali. Cosicché, essendo i liberi professionisti degli imprenditori e gli Ordini professionali delle associazioni di imprese, tutte le attività che essi svolgono, che non rientrano nell'esercizio diretto di potestà pubbliche, non possono non essere soggette alla disciplina della libera concorrenza.

⁹⁰ Cass. Sez. un. 11 settembre 2007 n° 19014, in *Giust.civ.*, 2008, 2, I, p-370. Prima di tale decisione, tuttavia, il Consiglio di Stato, con l'ordinanza del 31 maggio 2007 n° 2814, aveva sottoposto alla Corte di Giustizia il problema della compatibilità con le norme del Trattato Ce delle disposizioni che stabiliscono l'inderogabilità degli onorari e dei diritti previsti per le prestazioni degli Avvocati e che vietano al giudice di diminuire i limiti previsti dalle singole voci della tabella, così favorendo gli appartenenti all'Ordine. Questioni che sono state però respinte dalla Corte di Giustizia, così come evidenziato nel testo e nella nota precedente.

⁹¹La Corte di Giustizia, nella decisione 29 marzo 2011 C. 565/08 (Commissione vs Repubblica italiana, in *De iure*) ha chiarito che le tariffe forensi consentono agli Avvocati non solo di aumentare gli onorari fino al doppio delle tariffe massime per le cause di particolare importanza, complessità o difficoltà, e fino al quadruplo per quelle che rivestono una straordinaria importanza, ma altresì di concludere accordi con i clienti al fine di fissare l'importo delle loro competenze. In tal modo la Corte ha recepito le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale, Jàn Mazák, che aveva rilevato come "la Commis-

sione non sia riuscita a dimostrare che le tariffe massime vietano agli avvocati di derogare ad esse mediante accordo concluso con i loro clienti", di guisa che le parti possono determinare, i compensi spettanti al professionista anche secondo parametri diversi, "che tengano conto, ad esempio, del tempo impiegato, del forfait o del risultato conseguito".

⁹² Corte Giust. 28 aprile 2009 C.518/06, in *De iure*

⁹³ Si è precisato che la nozione di restrizione comprende "le misure adottate da uno Stato membro che, per quanto indistintamente applicabili, pregiudichino l'accesso al mercato per gli operatori economici di altri Stati membri" (Corte Giust. 29 marzo 2011 cit.; Corte Giust. 4 dicembre 2008 C. 330/07, in *De iure*) e che tale non può considerarsi la circostanza che "gli avvocati stabiliti in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana devono, per il calcolo dei loro onorari, per le prestazioni fornite in Italia, abituarsi alle norme applicabili in tale Stato membro".

⁹⁴ Corte Giust. 29 marzo 2011 C. 565/08. In questo senso, vedi: Corte Giust. 11 marzo 2010 C. 384/98; Corte Giust. 5 dicembre 2006 C. 94/04-C.202/04; Corte Giust. 5 ottobre 2005 C. 442/02, tutte in *De iure*.

⁹⁵ Proprio perché l'accesso e l'esercizio delle attività in regime di stabilimento o di libera prestazione di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie, l'art. 10 comma 2 del d. lg 59/2010 dispone che, salvo diversa statuizione, l'accesso e l'esercizio di un'attività di servizi sono sottoposti alla dichiarazione di inizio attività (DIA) con efficacia immediata. Mentre per quanto riguarda il regime delle autorizzazioni, l'art. 17 prevede tre distinti tipi di procedimento: dichiarazione di inizio attività a efficacia differita, silenzio assenso e, in presenza di un motivo imperativo di interesse generale, se specificamente stabilito, un'autorizzazione espressa, ossia un procedimento che si conclude con l'adozione di un provvedimento.



servizi, eventuali deroghe previste dalle legislazioni di settore dovranno non solo essere giustificate da “motivi imperativi di interesse generale” e non contrastare con i principi di proporzionalità e non discriminazione, ma essere altresì di stretta interpretazione, nel senso che né potranno ricoprire interi ambiti economici o intere categorie professionali, né potranno essere introdotte unilateralmente dagli Stati membri, senza il controllo delle istituzioni comunitarie, perché ciò contrasterebbe con i principi contenuti nella direttiva⁹⁶.

Ponendosi in quest’ottica, tesa a rendere effettivi sia i principi di libera prestazione di servizi e di libertà di stabilimento, il legislatore nazionale, oltre a semplificare i procedimenti autorizzatori per l’accesso e l’esercizio di siffatte prestazioni⁹⁷, ha così introdotto una serie di disposizioni a tutela dei destinatari delle attività e dei prestatori di servizi intellettuali. Con la conseguenza che il professionista, da un lato, è tenuto a fornire all’utente una serie di informazioni relative alla qualità delle prestazioni e al contenuto dell’atto stipulato⁹⁸, al fine di evitare che tra i contraenti si creino asimmetrie informative, dall’altro, in assenza di motivi imperativi di interesse generale – e sempre nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione – può pubblicizzare le sue prestazioni.

In particolare, l’art. 24 della Direttiva stabilisce che nel caso di professioni regolamentate, gli Stati membri non solo devono “sopprimere tutti i divieti

⁹⁶ M. ZAMPARELLA, *Recepita in Italia la Direttiva sui servizi nel mercato interno*, *Contr. Impr. Eur.*, 2010, p. 748

⁹⁷ Sulla scia delle indicazioni comunitarie, il legislatore interno, per rafforzare la competitività dell’economia, semplificare le procedure amministrative ed eliminare gli aspetti patologici presenti nelle formalità necessarie per l’accesso ad un’attività di servizi e al suo esercizio sotto forma di ritardi e costi eccessivi, indeterminatezza, imprecisioni, lunghezza dei termini, duplicazione di documenti e degli adempimenti, ha istituito lo “sportello unico per le attività produttive”, il quale assicura l’espletamento a distanza e in via telematica di tutte le procedure necessarie per poter svolgere un’attività di servizi. (art. 38 l.25 giugno 2008 n°112). Tale sportello, in virtù del d.lg. 59/2010, è divenuto oggi l’interlocutore istituzionale unico per i prestatori e i destinatari dei servizi, che possono così accedere ad una serie di informazioni e espletare le procedure necessarie per la loro attività.

⁹⁸ Oltre alle informazioni anagrafiche, il professionista deve espressamente indicare l’esistenza di eventuali clausole per l’individuazione della legge applicabile al contratto o della giurisdizione competente, la presenza di garanzie *post vendita* non imposte dalle legge, il prezzo e le caratteristiche della prestazione e l’eventuale assicurazione o le garanzie per la responsabilità professionale. Non solo, ma su richiesta del destinatario il prestatore sarà tenuto a fornire alcune informazioni aggiuntive, quali, ad esempio, il metodo di calcolo per determinare il prezzo del servizio, se non predefinito, e per quanto riguarda le professioni regolamentate, le norme professionali in vigore nello Stato membro di riferimento, nonché, in caso di società multidisciplinari, le misure assunte per evitare conflitti di interesse (M. ZAMPARELLA, *op. cit.* p. 750).

assoluti in materia di comunicazioni commerciali”, ma sono anche tenuti a far sì che la pubblicità rispetti le regole professionali dell’indipendenza, dignità, integrità, decoro e del segreto professionale, in ossequio alla specificità di ciascuna professione. Il che pone il problema dell’individuazione dei confini di liceità non tanto delle comunicazioni pubblicitarie che abbiano un contenuto informativo – che possono oggi considerarsi ammissibili – o della pubblicità ingannevole o meramente suggestiva e priva di contenuti informativi, che deve invece ritenersi vietata⁹⁹, quanto, piuttosto, delle forme di *legal marketing*; ossia delle tecniche organizzative e operativo- promozionali attraverso le quali si tende a conquistare e/o a mantenere una quota del mercato dei servizi professionali, che possono concretizzarsi, ad esempio, nella sponsorizzazione di determinati eventi, ovvero nell’utilizzo di pratiche commerciali volte a pubblicizzare in modo diretto e *ad personam* i propri servizi¹⁰⁰.

La Corte di Giustizia, di recente, ha infatti dichiarato l’illegittimità di ogni disposizione nazionale che vieti totalmente non solo “le comunicazioni commerciali, in qualunque forma”, ma anche “il ri-

⁹⁹ L’art. 2 comma 1 lett. b della c.d. riforma Bersani II (d.l. n°223 del 2006, convertito nella L. n° 248 del 2006) e l’art. 9 della riforma dell’ordinamento forense, approvata al Senato il 23 novembre 2010, prevedono, da un lato, che l’Avvocato possa dare informazioni sul modo di esercizio della professione purché in maniera veritiera, non elogiativa, non ingannevole e non comparativa; dall’altro lato che il contenuto e la forma dell’informazione pubblicitaria debbano essere “coerenti con la finalità della tutela dell’affidamento della collettività nel rispetto del prestigio della professione e degli obblighi di segretezza, riservatezza, nonché rispetto dei principi del codice deontologico”.

¹⁰⁰ Il fenomeno del *legal marketing*, nato negli Stati Uniti alla fine degli anni ’70, concerne gli strumenti pubblicitari utilizzati dal professionista o dallo studio legale cui esso appartiene che si traducono nelle forme di pubblicità classica, nel *marketing* diretto, nella sponsorizzazione di determinati eventi sportivi, musicali, artistici, culturali, socio-economici, nelle tecniche di creazione e fidelizzazione della clientela e nella ricerca del *feedback* del cliente che abbia usufruito dei servizi professionali prestati. In questi casi, fermo restando il vantaggio che la struttura professionale può ricevere in termini di visibilità, potenziale aumento di clientela, riposizionamento su vecchi e nuovi mercati, residuano dubbi sugli eventuali effetti distorsivi circa la qualità delle prestazioni e la credibilità dello stesso studio legale, “allontanando lo *status* di avvocato dai principi della competenza e della preparazione ed avvicinandolo, per contro, a quello del pubblicitario”, così superando così i confini di liceità fissati dai codici deontologici per l’attività professionale (E. SACCHETTINI, *Una competizione confinata solo alla pubblicità rischia di svilire il pregio della nuova qualifica*, in *Giuda dir.*, 2010, fasc. 41 p. 21 ss; M. CLARICH, *Un difficile compromesso sulla riforma forense per una categoria stretta tra crisi e antitrust*, *ivi*, 2009, fasc. 39 p. 11; D. CERRO, *Pubblicità e professione forense*, in *Rass. For.*, 2009, fasc. 2 p. 221; S. MARTELLO, *Le sponsorizzazioni nello studio legale: una riflessione operativa*, in *Ventiquattrore Avvocato*, n. 2, febbraio 2008).





corso ad una o più forme di comunicazioni commerciali [...] quali, in particolare, la pubblicità, il *marketing* diretto e le sponsorizzazioni”¹⁰¹. Secondo tale decisione, devono quindi ritenersi non conformi alle previsioni contenute nella Direttiva 2006/123 i divieti generali e assoluti riguardanti una o più pratiche pubblicitarie che, in ordine ad una determinata professione, sono dirette a fornire “nell’ambito di uno o più mezzi di comunicazione, informazioni sul prestatore o sulla sua attività professionale”. Gli Statti membri, quindi, mentre rimangono liberi di stabilire i limiti concernenti il contenuto e le modalità delle comunicazioni pubblicitarie, purché le relative previsioni siano proporzionate, non discriminatorie e giustificate da ragioni imperative di interesse generale, non possono invece proibire totalmente i mezzi di promozione commerciale, quali la sponsorizzazione di determinati eventi o il ricorso a strategie *on line* o di *direct marketing*. Di qui l’apertura alle comunicazioni commerciali che si traducono nell’organizzazione e sponsorizzazione di *convention, meeting*, nell’invio di *brochure* e di *newsletter* periodiche e delle pratiche c.d. di “*démarchage*”, ossia della trasmissione personalizzata di messaggi a carattere commerciale ad una determinata persona (fisica o giuridica) che non l’abbia richiesti, al fine di proporgli i propri servizi¹⁰².

¹⁰¹ Così Corte Giust. 5 aprile 2011 C. 119/09, in *De iure*, che ha deciso la controversia tra la *Société fiduciaire nationale d’expertise comptable* e il Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Funzione pubblica francese. Nel caso specifico la *Société fiduciaire* aveva proposto ricorso al Consiglio di Stato per l’annullamento della disposizione - contenuta nel codice deontologico francese della professione di dottore commercialista/esperto contabile - che vietava gli atti di *démarchage*, in quanto ritenuta in contrasto con l’art. 24 della Direttiva 2006/123. In particolare, l’art. 12 del predetto codice deontologico prevedeva “ Ai soggetti di cui all’art. 1 è fatto divieto di intraprendere qualsiasi atto non richiesto al fine di proporre i propri servizi a terzi. La loro partecipazione a dibattiti, seminari o altre manifestazioni universitarie o scientifiche è autorizzata nei limiti in cui tali soggetti non compiano, in tale occasione, atti equiparabili a un “*démarchage*”. Le azioni promozionali sono consentite ai soggetti di cui all’art. 1 nei limiti in cui forniscano al pubblico un’informazione utile. I mezzi impiegati a tale fine vengono applicati con discrezione, in modo da non ledere l’indipendenza, la dignità e l’onore della professione, nonché le regole del segreto professionale e la lealtà verso i clienti e i colleghi. Quando presentano la loro attività professionale a terzi, con qualsiasi mezzo, i soggetti di cui all’art. 1 non devono adottare alcuna forma di espressione idonea a compromettere la dignità della loro funzione o l’immagine della professione. Tali modalità di comunicazione, come qualsiasi altra, sono ammesse soltanto a condizione che l’espressione sia decorosa e improntata a ritegno, che il loro contenuto sia privo di inesattezze e non sia tale da indurre in errore il pubblico e che siano prive di ogni elemento comparativo”.

¹⁰² Il *démarchage*, generalmente definito come un’offerta personalizzata di beni o servizi ad una determinata persona che non l’abbia richiesta, è una tecnica di vendita che si caratterizza

Proprio in ordine a quest’ultimo aspetto, la Corte di Giustizia, muovendo dalla considerazione che le comunicazioni commerciali di cui all’art. 4 Direttiva 2006/123 comprendono non solo le forme di pubblicità classica, ma anche le pratiche che implicano un contatto personalizzato tra il professionista e il potenziale cliente, dirette a presentare a quest’ultimo la propria attività professionale (c.d. *marketing* diretto)¹⁰³, ha affermato che costituisce “una restrizione alla libera prestazione dei servizi transfrontalieri”¹⁰⁴, l’esistenza di un divieto generale e assoluto teso a colpire siffatte tecniche pubblicitarie. Questo perché siffatte proibizioni possono privare i prestatori d’opera intellettuale provenienti da un diverso Stato membro “di un mezzo efficace di penetrazione nel mercato nazionale di cui trattasi”. Cosicché, oggi, può considerarsi legittimo il ricorso non solo ai mezzi di comunicazione pubblicitaria che poggiano sui *social network*, ma anche a quelli che si fondano su un approccio con il cliente di tipo diretto e personale (*one to one*), i quali consentono al professionista di continuare a far leva proprio sul carattere personalistico e confidenziale che generalmente caratterizza il rapporto professionale, per offrire all’interlocutore le informazioni necessarie a soddisfare le sue esigenze di chiarezza e trasparenza verso il modo legale ed eventualmente le richieste di consulenza e assistenza¹⁰⁵.

Alla luce di tale decisione, è evidente, dunque, che, per un verso, si incentivano le dinamiche concorrenziali tra professionisti, ampliando il campo e le tecniche (anche di natura multimediale) con cui è possibile trasmettere le informazioni circa i titoli posseduti, le specializzazioni conseguite, la struttura

za per un duplice aspetto. Da un lato richiede una presa di contatto - che può avvenire presso il domicilio del consumatore o tramite telefono (o tecniche simili - da parte del professionista con un terzo; dall’altro, nella trasmissione a tale soggetto di un messaggio a carattere commerciale, per sollecitargli la conclusione di un contratto avente ad oggetto i propri beni o servizi. Profilo quest’ultimo che ha consentito alla Corte di Giustizia di includere tale pratica pubblicitaria tra le comunicazioni commerciali di cui all’art. 4 della Direttiva sui servizi.

¹⁰³ Il comma 12 stabilisce che deve intendersi per comunicazione commerciale: “qualsiasi forma di comunicazione destinata a promuovere, direttamente o indirettamente, beni, servizi, o l’immagine di un’impresa, di un’organizzazione o di una persona che svolge un’attività commerciale, industriale o artigianale o che esercita una professione regolamentata. Non costituiscono, di per sé, comunicazioni commerciali le informazioni seguenti: a) le informazioni che permettono l’accesso diretto all’attività dell’impresa, dell’organizzazione o della persona, in particolare un nome di dominio o un indirizzo di posta elettronica, b) le comunicazioni relative ai beni, ai servizi o all’immagine dell’impresa, dell’organizzazione o della persona elaborate in modo indipendente, in particolare se fornite in assenza di un corrispettivo economico”.

¹⁰⁴ In questo senso, vedi pure: Corte Giust. 5 aprile 2011 C. 119/09 cit.; Corte Giust. 10 maggio 1995 C.384/93 in *De iure*
¹⁰⁵ M. CLARICH, op. cit., 11; D.CERRO, op. cit., p. 221 ss.

dello studio, le materie trattate, la qualità e le modalità di esecuzione delle prestazioni ed i criteri di quantificazione degli onorari, per altro verso, invece, si aprono i delicati problemi relativi all'individuazione dei limiti oltre i quali la condotta del prestatore d'opera intellettuale deve ritenersi deontologicamente sanzionabile¹⁰⁶. Il che indubbiamente impone all'interprete di compiere, caso per caso, un'attenta valutazione ed un penetrante controllo sia sul contenuto della comunicazione pubblicitaria, sia sulle procedure seguite per realizzarla, in modo che continuino ad essere salvaguardati i principi di indipendenza, dignità, credibilità e decoro che ancora oggi contraddistinguono le attività intellettuali.

6. L'esercizio in forma societaria delle prestazioni intellettuali.

La possibilità di esercitare in forma societaria l'attività intellettuale è frutto della pressante e sempre più avvertita esigenza dei professionisti di creare strutture organizzative efficienti e competitive per ottimizzare l'impiego delle risorse umane e materiali e far fronte alle complesse istanze che provengono dalla realtà economico-giuridica¹⁰⁷. Bisogna che è rimasto per lungo tempo insoddisfatto a causa del perentorio divieto di costituire società e altri enti collettivi previsto dall'art. 2 della legge

¹⁰⁶ Si noti peraltro che l'attuale codice deontologico dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili italiani, non contemplando alcun divieto assoluto alla promozione dell'attività degli iscritti, pare essere in linea con la citata decisione della Corte di Giustizia. L'art. 44 dispone infatti che la pubblicità, con ogni mezzo è libera [...], salvo il rispetto del buon gusto e l'immagine della professione e il divieto non autorizzato dei nominativi dei clienti ed alla promozione di attività di terzi.

¹⁰⁷ Sin dalla fine degli anni '50, E. Redenti (*Stato moderno e professione forense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 935 ss.) rilevava come la collaborazione tra più professionisti nell'esercizio della professione intellettuale, e dunque la creazione di studi professionali collettivi, rappresentasse una vera e propria necessità ostacolata dalla disciplina dettata per le professioni intellettuali e le società. Nella letteratura successiva, vedi: P. SPADA, *Tipicità delle società e società e associazioni "atipiche" fra professionisti*, in *Giur. comm.* 1977, I, p. 117; C. STOLFI, *Struttura e natura giuridica della società di professionisti*, in *Riv. dir. comm.* 1975, I, p. 99; G. MARASA, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984, p. 425 ss.; P. SCHLESINGER, *Problemi di riforma della disciplina positiva nella prestazione d'opera intellettuale*, in *Le società di professionisti*, Milano, 1973, p. 87 ss.; G. FERRI, *Delle società*, in *Comm. cod. Civ. Scialoja Branca*, (artt. 2247-2324), Bologna Roma, 1981, pp. 20-21; C. IBBA, *Professione intellettuale e impresa. L'esercizio in forma associata della professione e società*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 53, p. 53 ss.; M. RESCIGNO, *Le società tra professionisti*, Milano, 1985, p. 18 ss.; F. GALGANO, *Diritto commerciale, II, Le società*, Bologna, 2010, p. 48.

n°1815 del 1939, abrogato oggi – si è detto - dalla c.d. riforma Bersani.

Tale esigenza, peraltro, è stata così sentita dal mondo professionale che il predetto divieto è stato per lungo tempo letto in maniera piuttosto restrittiva, legittimando l'esercizio delle attività professionali sia da parte delle società di servizi - quali, ad esempio, le società di ingegneria - sia delle società di mezzi¹⁰⁸. In particolare, la giurisprudenza ha rilevato come l'ammissibilità di tali strutture societarie derivi dalla netta distinzione in esse esistente tra l'attività professionale - prestata a titolo personale e individuale dal professionista abilitato - ed i servizi di supporto forniti dalla società, alla quale partecipa il professionista che detti servizi utilizza¹⁰⁹. Coticché - si afferma - l'oggetto sociale, in questi casi, è costituito non già dallo svolgimento delle prestazioni intellettuali, che continuano ad essere caratterizzate da un rapporto personale e diretto tra professionista e cliente, ma dalla gestione e organizzazione dei beni strumentali all'esercizio dell'attività, di guisa che non vi è alcuna ragione ostativa ad ammettere la validità della struttura societaria della quale il professionista è membro. Tant'è vero che, ancora oggi, soprattutto in ambito sanitario, accade che i centri medici o i poliambulatori privati sono spesso organizzati e gestiti da società costituite tra privati imprenditori, in cui operano medici liberi professionisti che si avvalgono della struttura societaria per svolgere in modo più efficiente la loro attività professionale¹¹⁰.

¹⁰⁸ La dottrina riteneva che il divieto di cui all'art. 2 della legge n° 1815 del 1939 riguardasse soltanto le professioni protette e non anche quelle esercitabili da soggetti privi di specifica abilitazione o non iscritti ad alcun Albo o elenco (G. COTTINO, *Diritto Commerciale* I, 2, Padova, 1986, p. 377; DI SABATO, *Istituzioni di diritto commerciale*, Milano, 2006, p. 19 ss.; G. MINERVINI, *Le società tra professionisti "esterne" e le necessarie modifiche delle leggi professionali*, in *Le società dei professionisti* cit., p. 130; F. GALGANO, *Diritto Commerciale*, cit., p. 10 ss.

¹⁰⁹ Cass. 13 maggio 1992 n°5656, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 711, ha chiarito che l'art. 2 della l. 23 novembre 1939 n. 1815, non si applica ai casi in cui la società abbia ad oggetto "soltanto la realizzazione e la gestione di mezzi strumentali per l'esercizio di una attività professionale, ancorché protetta, che resti nettamente separata e distinta dalla organizzazione dei beni di cui si serve, anche sul piano contabile"

¹¹⁰ Cass. 13 luglio 1993 n°7738 ha precisato che fuoriesce dall'ambito del divieto di cui alla l. 23 novembre 1939 n. 1815 l'impresa (societaria o individuale) che non abbia come scopo l'offerta dell'opera del professionista, bensì prodotti o servizi diversi e più complessi, trascendenti l'oggetto delle professioni protette, ovvero la realizzazione e gestione di mezzi strumentali per l'esercizio dell'attività professionale. Cfr. Cass. 13 maggio 1992 n°5656, cit., che ha riconosciuto la liceità del contratto atipico tra la società ed il professionista per effetto del quale la prima si obbliga a fornire al secondo tutti i beni strumentali e i servizi necessari all'espletamento dell'attività professionale, prestata personalmente dal professionista, e questi si impegna a

La Suprema Corte, facendo leva sulla complessità dell'organizzazione, aveva infatti riconosciuto la legittimità dell'attività svolta in forma d'impresa (societaria o individuale) da parte dei laboratori di analisi, delle case di cura e delle farmacie. In particolare, ha precisato come in queste ipotesi i servizi siano rappresentati da prodotti diversi e più complessi rispetto alla prestazione del professionista, in quanto richiedono "una prevalente azione di coordinamento e di controllo dei fattori produttivi che, unitamente all'attività medico-intellettuale, dà luogo alla produzione del servizio finale"¹¹¹.

Analogo, del resto, è il caso delle società di ingegneria, visto che anche in tali fattispecie le prestazioni intellettuali rappresentano soltanto una delle componenti dell'attività societaria e del risultato che viene promesso al committente¹¹². Tali enti

pagare alla società un corrispettivo in misura fissa o in proporzione dei suoi proventi

¹¹¹ Così Cass., 22 luglio 2004, n. 13677, in *Giust. civ.*, 2005, 6, I, p.1573, che, in applicazione dei principi esposti nel testo, ha ravvisato l'esistenza di un'attività imprenditoriale da parte del laboratorio di analisi cliniche che si connota solitamente come struttura organizzativa di dimensioni più o meno rilevanti, in cui il professionista titolare si avvale stabilmente di una pluralità di collaboratori e di dotazioni tecniche, di guisa che l'attività professionale rappresenta una componente non predominante, per quanto indispensabile, del processo operativo. In questo senso, vedi Cons. Stato, 11 maggio 1998 n° 72/98, in *Foro amm.* 10, 1998; Cons. Stato, 3 aprile 1990, n. 314, *ivi* 1990, p. 917; T.a.r. Lazio, 10 luglio 1996, n. 1394, in *Trib. amm. reg.*, 1996, I, p. 2975; Corte Appello Napoli 13 dicembre 1994, in *Dir. giust.*, 1995, p. 484, la quale aveva rilevato come non si traduca nella violazione di una norma imperativa (art. 2 l. n° 1815 del 1939) la costituzione di una società per lo svolgimento di diagnostica medica di laboratorio, là dove la prestazione venga eseguita da un professionista abilitato, in quanto scopo della società "non è mai l'esercizio comune della prestazione, ma solo l'organizzazione di strumenti e apparecchiature diagnostiche".

¹¹² G. ALPA, voce *Engineering*, in *Diz. Dir. priv.* (a cura di Irti), III, Torino 2009, p. 448; Cass. 10 luglio 2003, n. 10860, che ha riconosciuto la natura di imprenditori commerciali alle società di *engineering*, 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 apposito albo". Oltre alle società di ingegneria possono ricordarsi, a titolo esemplificativo, le società di revisione e di certificazione dei bilanci, le società di gestione delle farmacie, le società di intermediazione mobiliare, le società fiduciarie ed i centri di elaborazione dati e di assistenza fiscale. Cfr V. BUONOCORE, *Società professionali e società di progettazione industriale*, in *Riv. not.*, 1979, p. 1103; P. MONTALENTI, *Società di progettazione e società di intermediazione progettuale: nuovi profili interpretativi*, in *Giur. comm.* 1983, I, p. 485. E. NAPOLILLO *L'esercizio in forma associata delle professioni intellettuali e gli schemi di autonomia privata*, in *Vita not.* 2003, p. 1481; M. CROSIGNANI *Note in tema di contratti conclusi dalle società di ingegneria tra divieti sospesi e rimedi di diritto comune*, in *Giur. it.*, 2001, p. 183.

riuniscono in un'unica struttura tutti i professionisti necessari per la realizzazione di opere e impianti civili, industriali e commerciali e si caratterizzano - in entrambe le forme del "*commercial o del "consulting engineering"* - per il fatto che l'apporto del prestatore d'opera intellettuale si traduce in una prestazione preparatoria e accessoria rispetto alla più vasta e articolata attività di tipo imprenditoriale svolta dalla società¹¹³. Rappresenta, cioè, soltanto uno dei vari fattori che contribuiscono a realizzare il risultato finale che spesso comprende, oltre alla progettazione, anche la costruzione e la manutenzione dell'opera, così fuoriuscendo dalle attività tipiche del singolo professionista¹¹⁴.

In realtà, la giurisprudenza, ancor prima del legislatore - si è visto¹¹⁵ - ha evidenziato come in tali strutture societarie, il momento intellettuale, costituito dalla prestazione d'opera professionale, "si inserisca con carattere strumentale in un processo di commercializzazione della produzione di servizi"¹¹⁶, di guisa che l'attività intellettuale, se valutata alla stregua dell'opera finale, finisce per perdere la sua caratteristica e rimane assorbita in una dimensione organizzativa assolutamente preponderante, al cui interno costituisce un mero strumento per la realizzazione dello scopo e dell'oggetto tipici di un'impresa commerciale¹¹⁷.

¹¹³ G. ALPA, *I contratti di engineering*, in *Giust. civ.*, 1983, p. 186 ss; id. *Società di ingegneria e contratti di engineering*, *ivi*, 1980, p. 2793 ss. A tal riguardo si è altresì osservato che la natura imprenditoriale dell'attività svolta dal professionista deriva dall'esercizio di un'attività d'impresa (F. GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 2006, pp. 28 ss.), di guisa che, in tal caso, si è in presenza di un professionista che svolge due attività distinte, alle quali si applicheranno sia le disposizioni riferibili alle professioni intellettuali, sia quelle relative all'impresa (G.F. CAMPOBASSO, op. cit. p. 53).

¹¹⁴ Cass. 29 novembre 2007, n°24922; Cass. 2 ottobre 1999, n°10937, entrambe in *De iure*. Vedi altresì le leggi n. 109 del 1994, n. 266 del 1997 e il D.lg 12 aprile 2006 n° 163, che, ai fini dell'individuazione delle forme nelle quali possono costituirsi le società di ingegneria, rinviano ai capi V. VI e VII del Titolo V e al capo I del titolo VI del cod. civ. e precisano che oggetto delle stesse è lo svolgimento di un'attività professionale consistente nell'esecuzione di studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico - economica e di impatto ambientale, e dunque in un complesso di attività i cui contenuti trascendono, sebbene possano in parte ricomprenderli, quelle delle libere professioni.

¹¹⁵ Vedi retro par. 3

¹¹⁶ Trib. Milano, 19 marzo 1979, cit.; Cass., 1985, n. 566, in *De iure*; App. Bari, 10 novembre 1990, in *Società*, 1991, p. 799; App. Firenze, 10 marzo 1998, in *Riv. Not.*, 1998, p. 752.

¹¹⁷ Così Cass. 22 luglio 2004 n° 13677 cit., la quale ha rilevato che il professionista intellettuale assume la qualità di imprenditore commerciale "quando esercita la professione nell'ambito di un'attività organizzata in forma d'impresa, in quanto svolge una distinta e assorbente attività che si distingue da quella professionale per il diverso ruolo che riveste il sostrato organizzativo - il quale cessa di essere meramente strumentale - e per il differente apporto del professionista, non più circoscritto alle presta-



Tuttavia, è con l'entrata in vigore della c.d. riforma Bersani e della recente normativa sui servizi che si è formalmente riconosciuta ai professionisti la possibilità di adottare lo schema societario per svolgere in comune attività intellettuali, anche diverse tra loro, con comunione di spese e utili¹¹⁸.

Proprio attraverso la multidisciplinarietà si è inteso attribuire ai professionisti la possibilità di ottimizzare le loro competenze in modo da poter fornire un'ampia gamma di servizi alle imprese (soprattutto piccole e medie) che hanno spesso bisogno di avere come loro punto di riferimento un unico soggetto.

Relativamente alla scelta di circoscrivere esclusivamente alle società di persone o all'associazione tra privati la struttura adottabile per l'esercizio in comune dell'attività professionale, deve peraltro osservarsi come essa si fondi, essenzialmente, sull'esigenza di salvaguardare i principi di personalità e professionalità delle prestazioni e la natura fiduciaria del rapporto che lega il cliente al socio. Il legislatore, infatti, sulla scia delle indicazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹¹⁹, ha non solo previsto che tutti i soci debbano possedere l'abilitazione richiesta dall'art. 33 Cost¹²⁰ e non possano partecipare ad altre società di professionisti, ma ha altresì stabilito che l'ente debba avere come oggetto esclusivo l'esercizio in comune della professione, svolgere l'attività *nomine proprio*, ed essere sottoposto al medesimo regime di responsabilità applicabile al professionista individuale, ritenuto solidalmente responsabile con la società per

zioni d'opera intellettuale, ma involgente una prevalente azione di organizzazione, ossia di coordinamento e di controllo dei fattori produttivi, che si affianca all'attività tecnica ai fini della produzione del servizio". In dottrina vedi P. SPADA, *Tipicità delle società*, cit., p. 177 ss., che rileva come la distinzione tra opera intellettuale e servizio commerciale appaia razionalmente infondata; T.M. UBERTAZZI, *La consulenza legale*, cit. p. 2401; G. MARASÀ, *Le società*, in *Tratt. dir. priv.* Ludica Zatti, Milano, 2000, p. 222; G. F. CAMPOBASSO, op. cit. p. 33; C. IBBA, *Società tra avvocati e tipi societari*, in *Giur. comm.* 2003, 575.

¹¹⁸ Cfr. Relazione allo schema del d.lg. Di attuazione della Direttiva 8/51 Ce approvato dal Consiglio dei ministri in data 21 febbraio 2001.

¹¹⁹ Per tutti vedi F. DI SABATO, op. cit., p. 15; F. FERRARA JR-F. CORSI, op. cit., p. 245. Diversamente, G. FERRI, *Le società*, in *Tratt. dir. civ.*, Vassalli, Torino, 1985, che esprime forti dubbi sulla possibilità di costituire società tra professionisti, visto il carattere personale della prestazione e la natura fiduciaria del rapporto tra professionista e cliente.

¹²⁰ Nelle more del provvedimento interministeriale che avrebbe dovuto determinare i requisiti necessari per l'esercizio in forma societaria delle attività professionali, in base alla l. n°266 del 1997, si è precisato (Cons. Stato 11 maggio 1998 n°72/98 cit.) che il tipo societario adottabile per lo svolgimento in comune di siffatte attività è "quello che consente l'applicazione delle medesime norme che disciplinano l'esercizio professionale in maniera identica per i due tipi di soggetto", quello singolo e quello collettivo.

l'attività da quest'ultima svolta. Di qui il sensibile allargamento dell'area della responsabilità verso il cliente, dal momento che alla responsabilità illimitata del socio a cui è stato affidato il mandato¹²¹ si affianca quella della società.

E' questa, dunque, una scelta che, in linea con le previsioni normative che avevano legittimato la costituzione delle società tra Avvocati¹²², ha tentato di rendere compatibili tali tipi societari con il regime della responsabilità individuale del professionista e con il requisito della personalità della prestazione, ritenendo che detto carattere sia destinato ad incidere soprattutto nella fase esecutiva del rapporto e non già imponga la stipulazione del mandato tra il singolo professionista e il cliente¹²³. Non solo, ma proprio in virtù del carattere personale e fiduciario che contraddistingue il rapporto tra società e cliente, da un lato, si è esclusa la validità dei patti che ammettono la libera trasmissibilità delle quote a terzi; dall'altro, si è precluso l'ingresso nella società di soggetti privi dei titoli abilitativi, ritenendo che l'eventuale loro partecipazione più che essere volta al concreto svolgimento dell'attività intellettuale, abbia una finalità essenzialmente lucrativa e possa pregiudicare l'indipendenza del professionista.

Attualmente, non sembra però che dette esigenze abbiano una così ampia e generale valenza da giustificare siffatte restrizioni. Questo sia perché l'indipendenza dei prestatori d'opera professionale può essere pregiudicata anche "dall'esterno", sia soprattutto perché è sempre più avvertita l'esigenza di individuare strutture efficienti in grado di far

¹²¹ Il cliente, infatti, può richiedere che il mandato sia eseguito da un determinato professionista, di guisa che è solo in assenza di tale indicazione che la società potrà conferire l'incarico ad uno o più soci da essa stessa scelti, previa comunicazione scritta al cliente del nome del professionista che eseguirà le prestazioni.

¹²² Il d. lg. 2 febbraio 2001 n° 96, nel consentire agli Avvocati di esercitare la professione in forma societaria (c.d. s.t.p. società tra professionisti), secondo le specifiche disposizioni in esso contenute o delle norme dettate per le società in nome collettivo - salvo quelle fallimentari, essendo le s.t.p. escluse da tale procedura concorsuale - ha previsto che: a) la società può essere costituita solo da professionisti abilitati e deve avere come oggetto sociale esclusivo l'esercizio in comune della professione forense; b) l'incarico professionale è conferito alla società, che percepisce il compenso, ma viene svolto personalmente da uno o più soci e di ciò deve essere informato il cliente; c) il socio o i soci incaricati sono personalmente o illimitatamente responsabili per l'attività professionale svolta; d) la ragione sociale è costituita dal nome e dal titolo professionale di tutti i soci, o di uno di loro con la locuzione "e altri" e l'amministrazione spetta esclusivamente ai soci; e) la società deve iscriversi in una sezione speciale dell'Albo; f) la società può acquistare beni e diritti strumentali all'esercizio della professione e risponde con il suo patrimonio per le obbligazioni assunte.

¹²³ F. GALGANO, *Diritto comm.* cit., p. 26; D. COVUCCI, G. PONZANELLI, *Responsabilità civile dell'avvocato: un sistema in evoluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2008, p.421.



fronte alla concorrenza tra società di professionisti nazionali e società straniere¹²⁴. Frequente è infatti l'ipotesi in cui si trovino ad operare in un medesimo mercato, offrendo le stesse prestazioni, soggetti vincolati al rispetto delle restrizioni sopra descritte e società che godono invece di un'ampia autonomia negoziale e organizzativa. Il che se, da un lato, produce evidenti effetti distorsivi della concorrenza, dall'altro richiede soluzioni che, salvaguardando l'indipendenza e la responsabilità personale dei professionisti, consentano a questi ultimi di esercitare collettivamente l'attività in modo più efficace e competitivo¹²⁵.

Diversa, per contro, è la soluzione adottabile là dove si sia in presenza di attività che possono essere svolte anche da soggetti privi di una specifica abilitazione o non iscritti ad alcun Albo o elenco. In tal caso, infatti, non essendo prevista una riserva in via esclusiva per una o più categorie professionali, le prestazioni sono sottratte ai principi dell'esecuzione personale e della retribuzione adeguata al decoro della professione. Cosicché esse non solo possono essere eseguite anche tramite strutture associative di tipo capitalistico, ma lo stesso rapporto tra società e cliente può essere regolato dal contratto d'appalto, ovvero da altri schemi negoziali, diversi dal contratto d'opera intellettuale¹²⁶, che implicano una spersonalizzazione della professione e una determinazione della retribuzione secondo criteri "mercantili-stici"¹²⁷. Questo perché il prestatore d'opera intel-

lettuale, allorché conferisce i propri servizi in società o li deduce in un contratto d'appalto, agisce non come professionista, soggetto alle regole di cui agli artt. 2229 c.c., ma quale imprenditore, con conseguente sensibile mutamento del contenuto dell'attività svolta, la quale non si identifica più esclusivamente nell'opera intellettuale, ma si individua, per contro, in ragione degli specifici interessi che caratterizzano la situazione concreta e si pongono alla base delle singole previsioni contrattuali¹²⁸.

Un analogo ordine di idee, infine, sta alla base della validità degli schemi societari in cui la compagine sociale è costituita non (solo) da professionisti, ma (anche) da capitalisti ed abbia ad oggetto l'esercizio di attività intellettuali non riservate, che vengono svolte dai propri dipendenti non iscritti all'Albo. In tal caso – si è anche di recente precisato¹²⁹ – si è in presenza di una società non tra professionisti, ma tra capitalisti che organizza servizi intellettuali, ossia che produce e offre ai terzi le prestazioni intellettuali non protette dei propri dipendenti o ausiliari autonomi, i quali, anziché prestare la loro opera in maniera libera e indipendente, preferiscono svolgerla per conto e alle dipendenze della società. Si ha quindi non una società tra professionisti che esercitano in comune la loro attività intellettuale, ma una società tra più soggetti che utilizzano il lavoro intellettuale altrui per produrre e offrire servizi professionali a terzi. Di qui l'ulteriore differenza con le società tra professionisti, visto che in queste ultime l'organizzazione è funzionale rispetto alla prestazione intellettuale, mentre nelle società tra capitalisti è l'opera intellettuale ad essere strumentale rispetto all'organizzazione.

¹²⁴ Si è osservato (M. LIBERTINI, op. cit., p. 476) come l'indipendenza del professionista sia messa in pericolo non tanto dall'ingresso di un socio di capitali, interessato a creare un'organizzazione efficiente in grado di fornire elevati servizi professionali per conseguire maggiori profitti, quanto, piuttosto, delle imprese esterne che strumentalizzano spesso le scelte del professionista, oltre che dagli altri professionisti già affermati che tendono a condizionare le scelte di coloro che si apprestano ad entrare nel mondo professionale.

¹²⁵ L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella citata indagine conoscitiva sulle regolazioni legislative e le norme deontologiche vigenti in tema di libere professioni, ha rilevato che "è solo attraverso strutture organizzative efficaci e competitive che si potenzia l'attività delle categorie professionali nell'attuale contesto di globalizzazione, senza far venir meno le garanzie connesse all'imputabilità personale degli atti necessari alla prestazione del servizio".

¹²⁶ Così F. GALGANO, *Le professioni intellettuali*, cit. p. 8, che riporta l'esempio dell'agente pubblicitario, dell'esperto di ricerche di mercato, o di programmazione di computer e così via.

¹²⁷ TAR Campobasso 11 novembre 2005 n°966, in *Foro Amm. Tar*, 2005, 11, p. 3671, ha ribadito come il divieto di cui all'art. 2, l. 23 novembre 1939 n. 1815, relativo all'esercizio in forma societaria delle professioni intellettuali, si riferisca alle sole professioni protette. In questo senso, vedi pure TAR Valle D'aosta 2 ottobre 1993 n° 115, *ivi*, 1993, I, 4464; Cass. 22 dicembre 1993 n° 12678, che hanno rilevato come, in questi casi, essendo le prestazioni eseguite dalla società ed essendo quest'ultima legittimata a percepire il corrispettivo per l'opera prestata - salvo poi suddividerlo tra i soci, sotto forma di parte-

cipazione agli utili – sarebbe difficile quantificare il compenso sulla base dei criteri di cui all'art. 2233 c.c.

¹²⁸ Si è precisato (F. GALGANO, *Le professioni intellettuali* cit., p. 9), che il professionista, conferendo la propria opera in società, attua un vero e proprio conferimento di servizi ex art. 2195 n° 1 c.c., di guisa che l'attività esterna della società in nulla si differenzia dall'attività di qualsiasi altro ente che offre servizi al pubblico.

¹²⁹ Lodo Reggio Calabria 24-27 maggio 2010 cit., che ha riconosciuto la validità del contratto con il quale un'impresa commerciale aveva conferito ad una s.r.l. l'incarico a svolgere determinate prestazioni professionali, affermando che "di là dalla nomenclatura utilizzata dalle parti [...] la complessità della prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio lascia agevolmente qualificare il contratto come contratto di servizio, il quale non si conclude, ma include prestazioni professionali svolte personalmente da singoli professionisti ed in materie (non riservate esclusivamente quanto concorrenzialmente) assegnate alla competenza dei professionisti abilitati".

7. Considerazioni conclusive

| 88

Sull'abbrivio delle considerazioni esposte può innanzitutto rilevarsi come la disciplina descritta in ordine all'esercizio in forma collettiva delle attività intellettuali si presenti articolata e complessa e risultati fortemente condizionata dall'essere una determinata prestazione riservata in via esclusiva ad una o più categorie professionali, ovvero eseguibile anche da soggetti non iscritti ad alcun Albo o elenco.

Se in quest'ultimo caso, infatti, vige un regime di autonomia negoziale piuttosto ampio, le società tra professionisti, invece, continuano a subire alcune restrizioni che possono determinare un effetto distorsivo delle concorrenze e del mercato. Anche se occorre rilevare come nessuna decisione, fino ad oggi, abbia messo in dubbio la legittimità dei limiti esistenti nei singoli Stati all'esercizio collettivo della professione. Anzi la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di instaurare collaborazioni tra professionisti appartenenti a diversi Ordini, ha dichiarato la validità della norma deontologica che vieta le associazioni tra Avvocati e Revisori dei conti. Ciò sul presupposto che tale forma di collaborazione comporterebbe la violazione della regola sul segreto professionale che opera solo per la prima (e non anche per l'altra) categoria professionale¹³⁰.

Tuttavia, ponendosi in una prospettiva di carattere più generale, preme rilevare come i diritti di stabilimento e di libera prestazione di servizi se, per un verso, abbiano favorito un processo di riadattamento delle professioni intellettuali, introducendo dinamiche di competizione tra i diversi soggetti che operano in questo settore, per altro verso non siano giunti a neutralizzare la specificità delle singole attività professionali. Anzi, tali peculiarità sono state spesso richiamate in funzione della legittimazione dei limiti che le normative interne prevedono ai principi della libera concorrenza. Basti pensare, ad esempio, come le attuali normative sui servizi e le recenti aperture della Corte di Giustizia in tema di tecniche pubblicitarie utilizzabili dai professionisti non prescindano affatto dal rispetto dei principi tipici delle attività intellettuali (dignità, integrità, credibilità decoro), i quali ancora oggi si pongono come confini inderogabili entro i quali è possibile esercitare e pubblicizzare lecitamente le prestazioni professionali.

¹³⁰ Sul punto vedi Corte Giust. CE 19 febbraio 2002 n. 309/99 cit. che, nel valutare la regola deontologica che vietava le associazioni tra Avvocati e Revisori dei conti, ha considerato valida detta norma, in quanto il grado "di confidenzialità" che essa presupponeva nei rapporti tra professionista e cliente valeva per gli Avvocati e non anche per i Revisori.

Le indicazioni ed i risultati cui si è pervenuti in ambito comunitario non implicano affatto, quindi, un'astratta, generale e meccanica estensione alle professioni intellettuali del diritto della concorrenza. Quest'ultimo, se certamente non può essere ignorato dai legislatori nazionali, allo stesso modo deve tener conto delle caratteristiche e delle peculiarità delle attività intellettuali e della specifica situazione in cui le stesse vengono esercitate. Il processo di integrazione europea e la progressiva apertura dei mercati alle logiche concorrenziali, se, da un lato, forniscono basi solide per una lettura della disciplina giuridica dettata per le professioni intellettuali non più strettamente ancorata alla sua dimensione tradizionale, dall'altro non trascurano la necessità di un bilanciamento tra tali regole e gli interessi fondamentali sottesi all'esercizio delle prestazioni intellettuali.

In realtà, sia la giurisprudenza nazionale, sia le decisioni della Corte di Giustizia e le normative comunitarie, in presenza di attività destinate ad incidere su interessi pubblici o su valori e principi costituzionalmente protetti, hanno da sempre riconosciuto la fondatezza delle deroghe e degli strumenti restrittivi della concorrenza. Ciò anche in attuazione del Trattato di Lisbona, dove la libertà di concorrenza non è un valore in sé, da proteggere in ogni caso, ma rappresenta piuttosto uno strumento per accrescere la produzione di beni e servizi in modo da soddisfare il maggior numero di bisogni. Cosicché essa può subire una serie di limitazioni in virtù di altri valori, quali quelli sopra citati, che tengono conto della salvaguardia dei livelli morali etici e di qualità delle prestazioni professionali nei quali le persone confidano.

Conseguentemente, sia nel campo delle professioni non regolamentate - che è quello maggiormente sensibile a recepire le normative *antitrust* - sia in materia di attività protette, il principio del libero mercato, seppur con graduazioni diverse, non può non essere bilanciato con i compiti di interesse pubblico che gli ordinamenti nazionali affidano ai singoli professionisti. Il che significa che spetta al legislatore interno, visto l'ampio spazio di manovra che le Direttive comunitarie generalmente gli offrono nell'ingerirsi nelle dinamiche concorrenziali dei processi produttivi per la realizzazione di obiettivi di carattere generale, coniugare tradizione e modernità, armonizzando le specifiche esigenze sottese alle singole professioni con la definizione di un quadro sistematico di regole che, in linea con le indicazioni provenienti dal diritto comunitario, rappresenti il punto di riferimento comune per le attività intellettuali.

